

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LA JURISPRUDENCE

ET LA

PROHIBITION DES SUBSTITUTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 2 Mars 1909

PAR

Ernest-Henry BOUVIER



LYON

A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL. 4

—
1909

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LA JURISPRUDENCE

ET LA

PROHIBITION DES SUBSTITUTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 2 Mars 1909

PAR

Ernest-Henry BOUVIER



LYON

A. REY, IMPRIMEUR-ÉDITEUR DE L'UNIVERSITÉ

4, RUE GENTIL, 4

—
1909

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM. CAILLEMER, C. ✱, I. ☞, doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

GARRAUD, I. ☞, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ☞, professeur de Droit romain.

FLURER, I. ☞, professeur de Droit civil, Doyen.

THALLER, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ☞, professeur honoraire.

COHENDY, O. ✱, I. ☞, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ☞, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ☞, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ☞, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. ☞, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ☞, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ☞, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, A. ☞, professeur d'Economie politique.

HUVELIN, A. ☞, professeur de Droit romain.

LÉVY, A. ☞, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ☞, professeur d'Histoire des Doctrines Economiques et d'Economie politique.

BECQ (J.), I. ☞, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

MM. JOSSERAND. *Président.*

APPLETON (Charles) }
LAMBERT. } *Assesseurs.*

A MON PÈRE

A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA JURISPRUDENCE

ET LA

PROHIBITION DES SUBSTITUTIONS

INTRODUCTION

Les législateurs de la Révolution avaient introduit dans la matière des successions le principe d'égalité qu'ils avaient établi dans l'ordre politique. La liberté de tester avait été réduite considérablement et la quotité disponible vis-à-vis de descendants et même de collatéraux était très faible.

Comme conséquence de ces réformes, nos législateurs ne pouvaient laisser subsister les anciens privilèges successoraux établis soit par les coutumes, soit par la volonté des testateurs, comme le droit d'aînesse, le privilège de masculinité et les substitutions fidéicommissaires, qui se dressaient comme autant d'obstacles à l'application des nouveaux principes et dans lesquels l'ancien régime puisait une grande partie de sa force.

En particulier, les substitutions fidéicommissaires, grâce auxquelles l'auteur d'une libéralité peut charger la personne qu'il a gratifiée, de conserver toute sa vie les biens qu'il lui donne, pour les transmettre en mou-

rant à une seconde personne désignée par lui, qui à son tour peut être grevée d'une charge semblable au profit d'une troisième et ainsi de suite, étaient très usitées pour maintenir les biens et notamment les biens immobiliers dans les mêmes familles, malgré l'incapacité et les dilapidations de leurs représentants. Il en résultait une plus grande influence pour les familles nobles, car généralement les substitutions étaient établies dans ces familles au profit des fils aînés, qui pouvaient ainsi par l'accumulation d'une grande masse de biens soutenir plus facilement l'éclat du nom. Et la matière des substitutions se rattachait à celle du droit d'aînesse et du privilège de masculinité.

Heurtant les principes nouveaux, les substitutions fidéicommissaires devaient forcément disparaître et, en effet, elles furent prohibées une première fois par la loi du 14 novembre 1792, et une seconde fois par le Code civil qui rendit cette prohibition définitive, malgré les deux tentatives malheureuses des lois et décrets sur les majorats et de la loi du 17 mai 1826.

Et cette prohibition était inévitable, non seulement parce que les substitutions étaient contraires aux principes qui avaient été posés par la Révolution, mais encore parce qu'elles allaient à l'encontre des vrais principes juridiques et qu'elles entraînaient de grands inconvénients économiques et sociaux.

Les substitutions furent prohibées d'abord pour des raisons politiques. En obligeant les enfants à partager la succession de leur père, on voulait, par l'émiettement des grandes fortunes, abaisser les familles nobles, diminuer leur puissance. « Ce n'est point, dit M. Se-

crétan, le respect des liens du sang et des copropriétés naturelles qui a suggéré le dispositif du Code français, d'après lequel la succession d'un père est obligatoirement divisée en parts égales entre tous ses enfants légitimes à l'exception d'une seule part disponible par testament ; c'est le désir d'instabilité dans les fortunes, de briser les grandes familles, de supprimer les grandes existences avec leur clientèle et leur crédit, dont l'influence pourrait, sur un point quelconque du territoire, balancer l'influence du gouvernement¹. »

Naturellement, toutes ces familles, qui étaient composées de nobles et de personnes participant d'une manière ou de l'autre aux privilèges qui s'épanouissaient avant la Révolution, étaient peu portées pour les nouveautés que celle-ci apportait avec elle, et étaient fermement attachées aux anciennes institutions. Disperser les biens de ces familles entre leurs différents membres à l'occasion d'une succession, c'était affaiblir d'autant la fortune et la puissance de chacun et assurer par suite le succès des réformes.

Atteindre ce but a bien été une des causes pour lesquelles les substitutions ont été prohibées ; cela apparaît nettement dans une lettre écrite par Napoléon I^{er} à son frère Joseph, par laquelle il lui conseillait d'établir dans ses Etats le Code civil, lui disant que par ce moyen tout ce qui lui résistait serait abattu ; mais en même temps il lui conseillait d'établir des majorats afin de créer autour de lui un noyau de serviteurs fidèles².

¹ Sécrotan, *les Droits de l'humanité*.

² Du Casse, *Mémoires et Correspondance du roi Joseph*.

Mais s'il n'y avait eu que ce motif, une telle prohibition n'aurait pu subsister. Une fois le danger passé, une fois les réformes accomplies, le but atteint, il n'y aurait pas eu lieu de maintenir cette règle rigoureuse. C'est qu'il y a aussi des raisons juridiques qui poussent vers cette mesure.

A quoi aboutit-on en autorisant les substitutions ? On va permettre à un homme de disposer indéfiniment de ses biens, même longtemps après sa mort. Non seulement il disposera d'un bien au profit de son donataire ou de son légataire, mais encore il en disposera dans la succession de celui-ci et ainsi de suite, autant qu'il y aura de grevés successifs : « Il nous paraît très difficile, dit Demolombe, de justifier, au point de vue rationnel et philosophique du droit, la prétention qui tend à perpétuer à travers les siècles de la part du propriétaire décédé cette faculté de disposition, au lieu et place de ses successeurs dans l'avenir. » Le disposant fera ainsi les testaments de ceux qu'il aura gratifiés et qui viendront après lui. Or, il est un principe admis d'une façon incontestable dans notre droit, c'est que personne ne peut faire le testament d'autrui. Le donateur ou le testateur ne fera pas un acte de disposition de ses biens, mais il fera une véritable loi qui s'appliquera à tous les possesseurs des biens légués ou donnés, et qui s'appliquera non seulement à ceux qui vivaient dans le même temps que le disposant, mais encore à ceux qui n'étaient même pas conçus alors. Tous ces bénéficiaires successifs se trouveront, par suite, privés de la faculté de laisser à qui ils l'entendent les biens légués ou donnés. Il s'ensuit qu'il y aura un véritable

ordre de succession établi, non par une loi, mais par la volonté d'un homme, devant laquelle la volonté de tous les autres devra s'incliner. Cet ordre de succession ira souvent à l'encontre de l'ordre naturel des successions, de celui établi par la loi; il viendra le dénaturer et entraver son fonctionnement.

Quelle va être la situation des biens substitués pendant toute la durée de la substitution? Quels vont être les pouvoirs du grevé sur ces biens et comment usera-t-il de ces pouvoirs?

Le grevé est chargé de les rendre à l'appelé tels qu'il les a reçus du disposant ou d'un grevé antérieur. Il sera, par suite, obligé de les conserver; il n'aura que le droit de percevoir les fruits et de les administrer. Tout cela, en fait, aboutit à rendre ces biens inaliénables. Leur propriétaire ne pourra pas les vendre, les échanger, pour acquérir d'autres biens plus avantageux ou mieux placés. Si le besoin de grands travaux destinés à les améliorer ou même nécessités par leur mauvais état se fait sentir, il ne pourra les hypothéquer pour subvenir à la dépense. Toute inaliénabilité est contraire à l'intérêt de la société. La circulation des biens doit être libre de toute entrave; ceux qui vendent comme ceux qui achètent y trouvent leur avantage. Les biens ne restent pas la propriété de personnes incapables de les régir et passent entre les mains de ceux qui ont le plus d'aptitude pour les exploiter. « Les faits confirment les enseignements de la science, nous dit Laurent; c'est depuis que les immenses domaines du clergé et de la noblesse sont entrés dans la circulation, que la France a atteint le degré de prospérité matérielle que lui

assurent la fertilité de son sol et l'activité de ses populations¹. »

Il résulte encore de l'inaliénabilité que les propriétés viennent se concentrer entre les mêmes mains, en même temps qu'elles sont mises hors du commerce. C'est ce qui arrivait dans notre ancienne France. Il se constituait peu à peu de grandes propriétés au profit des familles nobles. En fait, les grandes propriétés en elles-mêmes ne sont pas un mal lorsqu'elles sont bien exploitées ; mais avant la Révolution les grands propriétaires laissaient le soin de régir leurs terres à des intendants, vivaient à la cour, pratiquaient l'absentéisme, ne songeant à leurs propriétés que pour en toucher les revenus ou pour les transformer en parcs et en grandes chasses ou bien en pâturages plus facilement exploitables pour un grand propriétaire ; et toutes ces transformations ne s'obtenaient qu'en chassant les fermiers et en changeant les terres labourées en prairies et parfois en landes désertes, ce qui faisait dire au marquis de Mirabeau que les deux plaies de notre agriculture étaient les avenues et les moutons. Arthur Young, dans son *Voyage en France*, nous fait la peinture de ces grandes propriétés : « Toutes les fois, dit-il, que vous trouverez un grand seigneur, même quand il possède des millions, vous êtes sûrs de trouver ses propriétés en friche. » Et plus loin : « Cherchez le lieu de sa résidence, quelque part qu'il soit, et vous le trouverez probablement au milieu d'une forêt bien peuplée de daims, de sangliers et de loups. »

¹ Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XIV.

Cette espèce d'abandon dans lequel étaient laissés les biens grevés de substitution se comprend aisément. Le grevé n'a que la jouissance des biens ; il en percevra les fruits, il administrera, mais ne pouvant vendre, ni disposer à titre gratuit, suivant sa volonté, il n'aura aucun intérêt à apporter des améliorations aux biens substitués. Ce n'est pas lui qui jouira des plantations qu'il aura faites, des constructions qu'il aura élevées. Parfois même toutes les dépenses qu'il aura pu faire ne profiteront qu'à un parent lointain, à un appelé qu'il ne connaît presque pas. Il se trouve dans la situation d'un usufruitier qui n'a qu'une préoccupation : jouir des biens pendant qu'ils sont entre ses mains, en tirer tout ce qu'il peut, même si le fonds doit en être quelque peu amoindri. Comme le disait Bigot de Préameneu¹ :

« Chaque grevé de substitution n'étant qu'un simple usufruitier avait un intérêt contraire à celui de toute amélioration ; ses efforts tendaient à multiplier et à anticiper les produits qu'il pourrait retirer des biens substitués, au préjudice de ceux qui seraient appelés après lui et qui chercheraient à leur tour une indemnité dans de nouvelles dégradations. »

Ces détériorations se comprennent encore lorsque le grevé se trouvait obligé de rendre à un parent éloigné ou à un étranger. Mais lorsque l'appelé se trouvait être un enfant ou un descendant du grevé, il semble que ce dernier avait plus d'intérêts à bien administrer. Et cependant, même dans ce cas, le grevé avait coutume bien souvent de ne prendre aucun soin des biens

¹ Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. XII.

qui lui étaient confiés, ainsi que le prouve le passage suivant de la *Revue d'Edimbourg* rapporté par Laurent :

« Bien des fois nos cours d'équité ont présenté le spectacle révoltant d'un père possesseur à vie de biens substitués en faveur de son fils, condamné sur les poursuites de ce dernier, à ne point les dévaster. »

A ces inconvénients d'ordre économique viennent s'en ajouter d'autres d'ordre social et moral.

En créant des substitutions au profit d'un de leurs enfants, les testateurs déshéritaient les autres. Tous les enfants d'un même père, qui cependant auraient dû être égaux, étaient sacrifiés à seule fin que leur frère et ses descendants pussent conserver l'éclat du nom. Il devait nécessairement en résulter la haine et des procès. Comme le disait Bigot de Préameneu : « Ceux qui étaient sacrifiés, déshérités, dépouillés, n'avaient de ressources que dans les contestations qu'ils élevaient soit sur l'interprétation de volonté, soit sur la composition du patrimoine, soit sur la part qu'ils pouvaient distraire des biens substitués, soit enfin sur l'omission ou l'irrégularité des formes. » Ainsi pour réunir et conserver les biens entre les mêmes mains, on semait la discorde dans les familles.

Et les enfants qui n'étaient pas gratifiés, que devenaient-ils? Habités au luxe pendant leur enfance, ils se trouvaient obligés de satisfaire avec leur seul travail les besoins qu'ils avaient acquis. Sans doute cela pouvait avoir de très bons résultats lorsqu'on se trouvait en face de natures d'élite qui recherchaient dans le commerce, l'industrie, les voyages ou la science, les moyens

d'existence qui leur avaient été refusés autrement; mais combien rarement cela devait-il se produire. Il est vrai que le père de famille et le frère gratifié usaient de leur influence pour atténuer chez ceux qui étaient déshérités les conséquences de cette coutume. Mais de quelle manière s'exerçait cette influence? Laurent va nous le dire : « Pour leur donner des moyens de subsistance, on viciait l'organisation de l'état après avoir vicié la famille. Nous ne parlons pas des filles : les malheureuses devaient expier au couvent le crime d'être nées femmes. » Quant aux fils, ils trouvaient des emplois généralement bien rétribués soit dans l'armée, soit dans les ordres.

Il y avait encore un autre inconvénient, qui était d'autant plus grand que c'étaient des étrangers qui avaient à en souffrir. Confiant en la fortune apparente du grevé de substitution, n'ayant pas les moyens de vérifier si les biens étaient inaliénables, les tiers lui consentaient des prêts, négligeaient de se faire payer ce qui leur était dû, et, au décès de leur débiteur, ils se voyaient opposer une inaliénabilité que rien ne leur avait fait prévoir. Comme le disait Bigot de Préameneu : « Ceux qui déjà étaient chargés des dépouilles de leurs familles avaient la mauvaise foi d'abuser des substitutions pour dépouiller aussi leurs créanciers : une grande dépense faisait présumer de grandes richesses; le créancier qui n'était pas à portée de vérifier les titres de propriété de son débiteur ou qui négligeait de faire cette perquisition, était victime de sa confiance; et dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération

était le plus souvent marquée par une honteuse faillite. » Et non seulement cette idée est formulée par des auteurs postérieurs au grand mouvement de la Révolution, mais encore nous la retrouvons dans des écrits de beaucoup antérieurs, comme dans ce livre de Savary intitulé *le Parfait Négociant* et dédié à Colbert, où se trouve le conseil suivant rapporté par Laurent : « La première chose à observer quand on vend à crédit, est de savoir s'il y a sûreté de prêter aux personnes qui demandent de la marchandise pour la payer plus tard, comme font ordinairement les princes, les grands seigneurs, la noblesse et autres personnes qui sont dans les grandes charges. Cette sûreté consiste à savoir si leurs maisons ne sont pas trop chargées de dettes, si leurs biens ne sont pas substitués. Car il est vrai de dire que la plupart des faillites que font les marchands en détail viennent de ce qu'ils se sont insensiblement engagés à prêter à des personnes noyées de dettes et dont les biens étaient substitués; ainsi ils ne peuvent être payés de leur dû, ce qui cause leur désordre. Il y a une infinité d'exemples que je pourrais rapporter, si cela ne faisait de tort à personne. »

Mais cet inconvénient n'était pas spécial aux substitutions; il était commun aussi aux hypothèques et résultait du défaut de publicité. Aujourd'hui il n'existerait plus et en fait il a disparu dans les pays dont la législation admet les substitutions, car partout est organisé un régime de publicité pour les transmissions de propriétés et les charges qui les grèvent.

Malgré tous ces inconvénients, les substitutions ont conservé quelques partisans, et, si elles n'étaient

pas prohibées, on verrait encore fréquemment des personnes qui, dans leur testament, entasseraient combinaisons sur combinaisons pour régler la transmission de leurs biens pour toutes les générations à venir et éviter ainsi la dévolution légale.

C'est un sentiment très naturel à l'homme que celui de vouloir en quelque sorte se survivre et se perpétuer à travers les générations. Et rien n'est plus propre à atteindre ce but que les substitutions, avec attribution des biens aux personnes qui porteront successivement le nom du disposant et qui seront ainsi amenées à se souvenir de l'ancêtre fondateur de leur puissance. D'autre part, les hommes d'énergie qui, par leur travail, ont acquis une fortune, se sont constitué un domaine, ont construit une usine, ne voudraient pas voir leur œuvre disparaître sous l'influence de partages successifs et fréquents, ou par suite de l'incapacité de leurs héritiers; pour réaliser ce désir, existe-t-il un meilleur instrument que la substitution, qui permet de rendre inaliénables les biens entre les mains des grevés, ce qui les soustraira à un grand nombre de chances de perte et de destruction¹?

Le Play, qui recherchait précisément l'unité et la continuité des foyers et des exploitations, des ateliers, comme il les appelle, et qui demandait, pour arriver à ce but, la liberté testamentaire, Le Play devait nécessairement voir avec peu de défaveur les substitutions, bien qu'il en reconnût les inconvénients, du moins

¹ Voir M. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, n° 3286 et la note.

lorsqu'elles sont perpétuelles : « Les substitutions perpétuelles, nous dit-il, ont été assurément pour quelques sociétés anciennes un élément de force et de grandeur. Ce régime ne se justifie que si la vertu se transmet avec la richesse; or, une telle concordance est rarement le trait dominant d'une société et, parfois, elle n'est plus qu'une exception¹. »

Mais il préconise la substitution à un ou deux degrés : « Le propriétaire qui, sous le régime de la liberté testamentaire, peut léguer ses biens à un étranger, semble avoir le droit de les transmettre à un fils imprévoyant ou prodigue avec des restrictions qui empêchent ce dernier de les dissiper. Ce but s'impose trop souvent à la sollicitude des pères de famille, et, depuis longtemps, il est atteint par les substitutions à un degré....

« Il ne semble pas même exorbitant de permettre au père de famille de prévenir les maux qu'amènerait l'éventualité de deux générations imprévoyantes. On arrive à ce but par les substitutions à deux degrés...

« Selon l'opinion des législateurs modernes qui ont voulu rendre la stabilité aux familles, les substitutions maintenues dans ces limites sont un acte intelligent du père et du propriétaire, tandis qu'étendues au delà, elles deviendraient un empiétement sur le droit des générations futures. »

Le Play juge que les substitutions prolongées empièteraient sur le droit des générations futures. On ne voit pas bien pourquoi celles-là seules? Même pour les

¹ Le Play, *la Réforme sociale en France*, t. I, p. 304 et 307.

substitutions à deux et même à un degré, le droit des générations futures est entamé, car toujours, qu'il y ait un, deux ou plusieurs grevés successifs, il y aura des personnes qui ne pourront ni aliéner à titre onéreux, ni disposer à titre gratuit des biens qu'elles auront entre les mains, parce qu'elles seront chargées de conserver et de rendre; toujours il y aura une personne qui, en faisant son propre testament, jugera bon, en quelque sorte, de faire celui de ses descendants. Bien plus, si on permettait les substitutions à deux degrés, on aboutirait immédiatement aux substitutions perpétuelles, comme il arriva après la limitation des substitutions à deux degrés par l'ordonnance d'Orléans de 1560 et celle de 1747, les derniers appelés se hâtant de renouveler la substitution pour deux nouvelles générations. Il n'y a pas de raison pour que les mêmes faits ne se reproduisent pas aujourd'hui.

Conserver les biens dans les familles et éviter un trop grand morcellement, tels sont les bienfaits que l'on attend des substitutions. Ceux qui soutiennent cette opinion ne semblent pas comprendre qu'il ne peut en résulter qu'une chose, l'extension de la très grande propriété, qui ne pourra pas s'amoindrir par suite de l'inaliénabilité dont elle sera frappée, mais qui peut toujours s'agrandir.

Le Play est tellement persuadé que la conservation des biens dans les familles est une panacée universelle, qu'il ne voit plus les inconvénients entraînés par les systèmes que l'on peut employer pour y arriver. Ainsi, aux réflexions d'Arthur Young sur l'état des propriétés des grands seigneurs, que nous avons rapportées plus

haut, il ne trouve à répondre que ces mots : « Pour justifier complètement cette critique, l'auteur aurait dû prouver que les populations qui vivaient sur ces friches n'étaient pas plus heureuses que celles des terres défrichées de son comté de Suffolk. »

A côté de ces tendances de l'esprit humain qui expliquent pourquoi les substitutions sont si vivaces et reparaissent toujours, soit dans la législation, soit dans la pratique, il y a une autre raison qui pousse à les rétablir et qui joue un très grand rôle en cette matière. Si l'on peut dire que le législateur de 1792 et celui de 1804 en prohibant les substitutions ont obéi surtout à des raisons politiques, on peut en dire autant de ceux qui ont travaillé à l'établissement ou au rétablissement des substitutions qui, avec le droit d'aînesse, ont toujours passé pour l'un des plus fermes soutiens de tout régime monarchique. Mais, pour cela, il faut que les substitutions ne soient permises qu'à une classe de la population, à l'exclusion de toutes les autres. C'est ce qui arrivait dans nos anciennes coutumes, comme dans celles de l'Ile-de-France et d'Orléans où les substitutions n'étaient instituées que pour les nobles, le peuple restant sous le régime du partage égal.

Montesquieu, étudiant les institutions qui conviennent le mieux à une monarchie¹, constate la nécessité des substitutions pour donner plus d'éclat à la noblesse, à condition, naturellement, qu'elles ne soient permises qu'à elle seule : « Les substitutions, dit-il, qui conservent les biens dans les familles seront très utiles

¹ Montesquieu, *Esprit des Lois*, livre V, chap. ix.

dans ce Gouvernement, quoiqu'elles ne conviennent pas dans les autres... Toutes ces prérogatives seront particulières à la noblesse et ne passeront point au peuple, si l'on ne veut choquer le principe du Gouvernement, si l'on ne veut diminuer la force de la noblesse et celle du peuple. Les substitutions gênent le commerce, etc... Ce sont des inconvénients particuliers de la noblesse, qui disparaissent devant l'utilité générale qu'elle procure, mais quand on les communique au peuple, on choque inutilement tous les principes. »

L'établissement de substitutions en faveur d'une partie de la population et du partage forcé pour l'autre a toujours été une excellente arme politique. Ce moyen a été employé en Angleterre au moment de l'introduction du protestantisme dans ce pays; les substitutions furent permises aux protestants et rigoureusement interdites aux catholiques, ce qui brisa la résistance de ces derniers. C'est un procédé semblable qui a été employé en Irlande pour anéantir ce pays.

Napoléon I^{er} qui voyait fondre autour de lui toutes les résistances grâce au Code civil, essaya de s'appuyer sur quelques personnes et quelques familles choisies, qu'il pensait devoir lui être fidèles, parce qu'elles lui devraient tout, et il créa des majorats en faveur de ses maréchaux. Il est vrai qu'il avait fait un mauvais calcul, car ce sont justement ceux qu'il avait le plus abondamment pourvus qui l'abandonnèrent les premiers.

Sous le règne de Charles X, des tentatives furent faites pour rétablir le droit d'aînesse et les substitu-

tions. Ces tentatives aboutirent à la loi du 7 mai 1826 qui permettait d'établir des substitutions à deux degrés portant sur la quotité disponible, et sans qu'il y ait lieu, en ligne directe, d'appeler comme substitués tous les enfants nés ou à naître. Mais le projet comportait d'autres dispositions qui indiquent bien dans quel esprit avait été proposée cette loi. La quotité disponible était attribuée de droit à l'aîné des enfants mâles du *de cuius*, à prendre par préférence sur les immeubles et à défaut sur les meubles, au cas où le défunt n'aurait pas disposé autrement par testament. La raison invoquée était qu'il fallait remédier à la trop grande division des propriétés ; mais ce n'était qu'un prétexte, car précisément les successions soumises à ce régime étaient celles des personnes payant 300 francs d'impôt foncier, ce qui en exceptait avec soin les petites propriétés qui cependant étaient bien plus menacées par la division en petites parcelles. On avait pensé « qu'il y aurait une sorte d'injustice ou d'inhumanité à prélever un préciput légal dans les successions de cet ordre : que là où il n'y a que du strict nécessaire, le partage doit naturellement être égal ». Le véritable motif, le voici : les collèges électoraux n'étaient formés que de grands propriétaires fonciers, de ceux payant 300 francs d'impôt ; il importait d'en augmenter le nombre ou tout au moins d'empêcher qu'il ne diminuât. Mais ces dispositions ne furent pas votées par la Chambre des députés et il ne resta que quelques articles qui formèrent la loi du 7 mai 1826. Tout cela indique bien ce que l'on attend des substitutions et quel esprit anime ceux qui veulent les rétablir. Aussi n'est-il pas étonnant

qu'un des premiers actes de la monarchie de Juillet ait été de restreindre cette loi, et qu'un des premiers actes de la République de 1848 fut de l'abroger.

Ainsi donc pour éviter les inconvénients des substitutions, il fallut les prohiber, et elles le furent par l'article 896 de notre Code civil après l'avoir été par la loi du 14 novembre 1792, prohibition plus sévère en 1804 qu'en 1792. Mais les sentiments et les tendances que nous venons d'indiquer et qui avaient amené des tentatives législatives d'ailleurs infructueuses, devaient se faire sentir dans la pratique et engager les donateurs, les testateurs et les praticiens qui les conseillaient, à employer tous les moyens pour arriver, par une rédaction habile de leurs dispositions, à tourner une prohibition aussi gênante.

D'un autre côté, la sévérité excessive de notre article 896 qui annule tout entière la disposition entachée de substitution, alors que la loi du 14 novembre 1792 se contentait de n'annuler que la deuxième disposition, celle faite au profit de l'appelé, et la difficulté de distinguer une véritable substitution d'autres dispositions qui s'en rapprochent, mais qui, faites de bonne foi par le disposant, n'entraînaient en somme aucun des inconvénients reprochés aux substitutions, devaient en quelque sorte forcer les tribunaux à atténuer la prohibition dudit article 896.

N'est-il pas en effet fâcheux d'annuler comme substitutions des dispositions du genre des suivantes ?

Deux époux sont sans enfants ; celui qui précède voudrait assurer au survivant la jouissance pleine et entière des biens qu'il laissera, avec pouvoir absolu

d'en faire ce qu'il voudra. Il juge qu'un simple usufruit n'est pas suffisant. Il veut lui permettre de disposer des biens en cas de nécessité, pour faire face, par exemple, à des dépenses imprévues : frais de maladie, grosses réparations. Pour cela, il va l'instituer son légataire universel. Mais en même temps il voudrait assurer, au décès de son conjoint, le retour à ses parents des biens venant de lui. S'il les institue en seconde ligne, il va faire une substitution, et la disposition sera annulée tout entière, ce qui n'est pas du tout le résultat désiré. De là, la nécessité de rechercher une combinaison qui permette la réalisation de la volonté du disposant, tout en évitant de tomber sous le coup de l'article 896¹.

Ou bien encore, un testateur lègue ses biens à un mineur, mais il veut, au cas où ce mineur décèderait avant sa majorité ou non marié, que les biens profitent à une autre personne qu'il désigne, plutôt que de les voir passer aux héritiers du mineur qu'il ne connaît peut-être pas. S'il donne ses biens au mineur avec charge de les rendre à l'autre personne en cas de décès avant sa majorité ou sans s'être marié, ce sera une substitution.

Dans de semblables circonstances, il semble bien que la prohibition édictée par l'article 896 est trop rigoureuse et que la lettre de la loi a dépassé la volonté du législateur. Comme le dit M. Lambert dans la belle étude qu'il a faite de cette question dans son ouvrage *de l'Exhérédation* : « Le législateur de 1803 a peut-être dépassé le but qu'il voulait atteindre en comprenant

¹ M. Lambert, *de l'Exhérédation*, § 772 et suiv.

dans la prohibition, formulée par l'article 896, des dispositions testamentaires qui ne tendent point à créer pour les biens légués un ordre de dévolution spécial¹ ».

Il y a lieu de dire comme le tribun Favart au corps législatif dans d'autres circonstances : « Les substitutions ont été établies par un très bon principe. Que des abus s'y soient introduits, cela n'est pas douteux. Il fallait corriger les abus sans détruire une institution jugée bonne. »

Et c'est ce que notre jurisprudence semble faire ; elle rétablit les substitutions dans les limites où elles ne sont pas un abus. Ce sont les procédés employés par elle et la pratique pour arriver à ce résultat, que nous allons étudier.

Mais la jurisprudence n'a pas osé opérer ce changement tout d'un coup, elle a procédé par étapes successives ; elle a d'abord admis divers moyens, grâce auxquels elle a pu faire échapper à la nullité au moins l'une des deux libéralités ; elle considéra les dispositions suspectes comme ne contenant qu'un vœu, ou bien comme constituant une substitution vulgaire ou un droit d'accroissement ou bien encore comme renfermant une clause de retour.

Puis, allant plus loin, la jurisprudence et la pratique s'attaquèrent à la prohibition tout entière et essayèrent de rendre valables les deux dispositions en ayant recours soit aux legs *de residuo*, soit aux donations et aux legs d'usufruit, soit encore aux legs conditionnels.

¹ M. Lambert, *de l'Exhérédation*, n° 789.

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS ÉCHAPPANT A LA NULLITÉ TOTALE

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DU VŒU. — DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE

§ 1. **Théorie du Vœu.** — On admet généralement qu'il faut que la charge de conserver et de rendre ait été imposée d'une manière impérative et obligatoire au grevé, pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 896.

Il faut une disposition telle que l'appelé ait un droit à faire valoir contre le grevé ou ses héritiers, qu'il puisse se retourner contre eux pour se faire délivrer les biens substitués : « Pour qu'il y ait substitution, dit Laurent, il faut qu'il y ait un lien de droit qui enchaîne les personnes et les propriétés, une impossibilité légale d'aliéner, ce qui implique une obligation civile de conserver et de rendre les biens substitués. » Et quel lien juridique résultera de ce que, dans son testament, le disposant a indiqué au légataire ce qu'il souhaite ?

Il s'ensuit que, si le disposant a engagé seulement le

bénéficiaire à disposer des biens donnés en faveur d'une tierce personne, il n'y a pas de substitution. Et cela sera vrai toutes les fois que le substitué ne sera grevé d'aucune obligation civile, que le disposant ait dit : « J'exprime le désir que mon légataire universel transmette les biens formant le présent legs à Paul », ou bien « j'exprime le vœu », ou bien encore « je le prie de transmettre », « je lui recommande », « je l'engage ».

Et cependant le principe est que toutes les dispositions à titre gratuit, tout au moins les dispositions testamentaires, sont valables, dès que la volonté du disposant est certaine. Point n'est besoin de termes impératifs. C'est ce principe qui était appliqué en droit romain et dans notre ancien droit, où une simple recommandation, une prière, un vœu étaient suffisants pour qu'il y eût substitution fidéicommissaire; ce qui avait provoqué cette réflexion de d'Aguesseau : « Qu'on peut dire des testateurs ce qu'on disait autrefois des rois, qu'ils commandent quand ils prient. »

Mais on ne peut raisonner par analogie avec ce qui était admis en droit romain et dans notre ancien droit, car, d'une part, en droit romain, les fidéicommiss n'étaient à l'origine que des prières adressées à l'héritier et laissées à sa conscience, sanctionnées plus tard, mais qui conservèrent toujours leur forme primitive, et, d'autre part, dans notre ancien droit, les substitutions fidéicommissaires n'étaient pas prohibées, elles étaient même vues avec faveur dans beaucoup de coutumes; aussi interprétait-on comme substitutions fidéicommissaires les dispositions douteuses, même quand

le testateur n'avait fait qu'une prière. Aujourd'hui c'est l'interprétation contraire qui doit prévaloir.

D'un autre côté, on doit aussi toujours interpréter les dispositions testamentaires dans le sens où elles auront le plus d'effets; pourquoi? « C'est qu'un testateur, dit Merlin, est censé ne rien écrire d'inutile quand il rédige ses dernières volontés. » Il faudra donc considérer comme suffisante pour donner un droit, une formule précative insérée dans un testament. C'est pour cela que Demolombe enseigne que, même sous notre Code civil, ces formules de prière, de désir, de recommandation pourraient être considérées comme exprimant suffisamment la volonté de substituer, dans les cas où les substitutions sont exceptionnellement permises (articles 1048-1049). Mais par contre, en vertu du même principe, ces mots ne seraient pas suffisants pour constituer une substitution fidéicommissaire, lorsque celle-ci est prohibée.

Il paraît étrange que ces mêmes formules qui donnent un droit à l'appelé, lorsqu'il s'agit de substitutions permises, soient considérées comme n'en donnant aucun quand il s'agit de substitutions prohibées; il faut cependant bien comprendre que ces deux résultats, en apparence si opposés, dérivent du même principe : qu'il faut toujours interpréter la volonté du disposant de la manière la plus propre à lui donner effet, et par suite de manière à maintenir la disposition plutôt qu'à l'annuler. « Le testateur, dit encore Merlin, n'est pas censé avoir voulu faire ce que la loi lui défendait et encore moins ce qui aurait entraîné l'anéantissement de sa disposition principale. »

Tous les auteurs admettent que le simple vœu, le conseil, la recommandation n'entraînent pas une substitution, tous : Demolombe, Marcadé, Laurent, M. Huc, MM. Aubry et Rau, M. Lambert, M. Planiol, MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, tous, à l'exception de Duranton et Coin-Delisle.

Duranton objecte qu'en admettant la validité du vœu, on va rendre illusoire la prohibition des substitutions. Et il se décide pour l'application de l'article 896, dans le cas de simple vœu ou de simple désir, pour deux raisons : d'abord les mots importent peu si la substitution résulte des termes de la disposition, et en second lieu, « en maintenant un don, fait avec prière formelle de rendre à un tiers, comme ne renfermant point de substitution, on favorise nécessairement ou la fraude faite à la loi ou la fraude faite à la volonté du donateur : l'homme probe restituera, l'homme sans délicatesse ne le fera pas. Or précisément le motif qui a porté les auteurs du Code à annuler même la disposition principale a été d'éviter ces deux écueils. »

Il faut répondre à ces objections avec MM. Aubry et Rau, sur le premier point, qu'il n'y a pas de doute à avoir sur l'intention du disposant; s'il a exprimé seulement un désir ou une prière, c'est qu'il entendait ne pas imposer une obligation, donner un ordre, qu'il s'est confié entièrement à la bonne volonté de celui à qui il a fait le legs; par conséquent la disposition doit être maintenue; et, sur le second point, que le disposant pourrait toujours indiquer ce qu'il désire au légataire ou donataire de vive voix ou par lettre et que celui-ci pourrait se croire obligé d'exécuter aussi bien que si le

désir était exprimé dans un testament ; dans ce cas la loi resterait impuissante même si la volonté du disposant pouvait être prouvée.

Ce cas s'est présenté devant nos tribunaux. Une femme, légataire universelle de son mari, avait disposé de ses biens en faveur d'une personne, sachant que son mari décédé peu de temps auparavant aurait institué cette personne sa légataire universelle, si elle-même était décédée la première. Il avait même fait un testament séparé dans ce sens. On a prétendu qu'il y avait là une substitution imposée verbalement par le mari à sa femme, qui n'aurait fait qu'exécuter les ordres de son mari en instituant cette personne son héritière universelle. La Cour de Paris appelée à statuer sur ce litige a déclaré avec raison qu'il n'y avait pas de substitution¹.

Le vœu, le désir du disposant entraîne donc à la charge du gratifié non une obligation juridique, mais une obligation de conscience, et la loi n'a jamais été chargée de faire respecter et exécuter les obligations de conscience.

Très rapidement, et on peut même dire de tout temps, puisque l'on trouve des décisions en ce sens immédiatement après la promulgation du Code civil, la jurisprudence a admis que le simple vœu, la prière, la recommandation, le conseil, ne suffisaient pas pour constituer une substitution.

Dès le 5 janvier 1809, la Chambre des Requêtes rend

¹ Paris, 23 janvier 1869, *D.*, 1869, II, 121. — Voir également Toulouse, 18 décembre 1880, *S.*, 1881, II, 74.

un arrêt dans ce sens. Le 12 vendémiaire, an XIV, Jean-Baptiste Biourge avait fait un testament instituant sa femme légataire universelle et ajoutant dans son article 7 : « Je prie madite héritière universelle de disposer en faveur de Nicolas Delrue, mon beau-frère, résidant à Mons, de la moitié de tous les immeubles ici par moi disposés ; et en cas que Nicolas Delrue viendrait à mourir avant elle, je la prie également d'en disposer en faveur de ses enfants pour en jouir cependant après sa mort seulement. »

Le testateur mort, ses frères demandent la nullité de la disposition comme entachée de substitution, du moins en ce qui concerne la moitié des immeubles. Le tribunal de Charleroi déclare par jugement du 12 novembre 1806 que l'institution au profit de la femme est valable pour le tout. Ce jugement est confirmé le 4 avril 1807 par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, disant : « Que la disposition de l'article 7 n'est pas conçue en termes impératifs et ne confère aucun droit à celui en faveur duquel l'héritière instituée est priée de disposer ; que dans la supposition que cette disposition, prise isolément, pût offrir l'idée d'une substitution, elle serait, en l'interprétant sur ce point, en contradiction manifeste avec l'intention, exprimée par le testateur dans l'article 3, de laisser à son héritière la disposition libre et absolue de tous ses biens ; qu'il résulte de ce qui précède que cette clause ne contenant point la charge de conserver et de rendre, n'a point restreint le droit illimité de propriété assuré par l'article 3 à l'épouse du testateur, et ne renferme par conséquent pas de substitution, aux termes de

l'article 896 du Code civil. » Et le 5 janvier 1809, la Chambre des Requêtes jugea que la Cour de Bruxelles n'avait pas violé l'article 896.

Duranton, analysant cet arrêt, a vu dans cette disposition une substitution prohibée, se basant sur ce fait que la volonté du disposant, quoique exprimée en termes précatifs, était fort claire; suivant lui, certainement il avait voulu faire une substitution et l'on ne pouvait tirer un argument des formules de prière « d'autant mieux, dit-il, que personne n'ignore que ceux qui veulent faire des substitutions fidéicommissaires en vont chercher les formules dans la législation où elles ont pris naissance et dans les interprètes des lois sur cette matière¹. » Le testateur se serait donc servi d'une formule telle qu'elle était employée dans le droit antérieur à 1789 et parfaitement susceptible, malgré sa forme précative, d'établir une substitution dans un droit qui leur était favorable. Le testateur avait parfaitement voulu imposer à sa légataire universelle la charge de conserver et de rendre, et ce n'était pas sa faute si la formule employée n'avait aucune valeur par suite du changement de législation. Aussi Duranton pensait-il qu'il fallait appliquer l'article 896 dans cette hypothèse; mais on a vu plus haut pour quelles raisons il voit dans ces dispositions des substitutions prohibées.

A la même époque, nous trouvons un arrêt de la Cour de Paris qui semble bien admettre, comme le fait Duranton, qu'un simple vœu peut donner lieu à

¹ Duranton, *Cours de Droit français suivant le Code civil*, t. VIII, p. 69.

une substitution fidéicommissaire. Dans son testament, un sieur Arboré fit, entre autres, les dispositions suivantes : « Je prie M. Raynal d'accepter, comme une faible marque de ma reconnaissance, la somme de 30.000 livres, dont je l'engage à disposer particulièrement en faveur de M^{me} Kercado, sa nièce. » La Cour de Paris, dans son arrêt du 13 juin 1807, considéra « que les termes dans lesquels le sieur Arboré lègue à l'abbé Raynal la somme de 30.000 livres, dont il l'engage à disposer particulièrement en faveur de sa nièce, constituent bien un véritable fidéicommis ». Et pour une telle interprétation, la Cour de Paris aussi bien que le tribunal de la Seine, qui avait jugé en premier ressort, se référaient aux règles admises dans notre ancien droit où les termes « je désire que vous donniez », « je vous engage à donner », etc., étaient suffisants pour constituer un fidéicommis. Mais cette espèce ne prouve pas grand'chose, car le testateur était décédé le 10 février 1792 ; M. Raynal avait recueilli avant la promulgation de la loi du 14 novembre 1792 prohibant les substitutions, et la disposition fut maintenue au profit de M. Raynal seul, en vertu des règles édictées par cette loi pour les substitutions déjà ouvertes, résultat que l'on aurait obtenu aujourd'hui en reconnaissant dans la disposition un simple vœu. La Chambre des requêtes, le 8 août 1808, a rejeté le pourvoi introduit contre l'arrêt de la Cour de Paris¹.

Mais bientôt la jurisprudence se précise dans le sens

¹ Cass. 8 août 1808, *S. C. N.*, 2, 1, 565; *D. A.*, v^o Substitution, p. 20.

de la validité des dispositions comportant un vœu. Le 2 avril 1818, un arrêt de la Cour de Grenoble¹ décide que le testament par lequel une femme institue son mari légataire universel avec faculté d'aliéner et ajoute qu'elle voulait qu'il disposât des biens légués comme il l'entendrait au profit des enfants à naître de leur mariage, n'était pas entaché de substitution comme ne contenant qu'un simple désir. Cette disposition constituait encore un legs *de residuo* que la jurisprudence admet, comme nous le verrons plus loin.

Depuis ce moment, toutes les fois que le testament ne contient qu'une formule précatrice, les tribunaux valident la disposition principale, quels que soient les termes employés. On trouve aussi bien des exemples pour l'emploi des mots : « je prie, je recommande, je m'en rapporte au bon cœur de mon légataire », que pour les mots « je désire² ».

Puis les tribunaux, dans le désir de valider les dispositions testamentaires, reconnaissent qu'il y a simple vœu et que, par conséquent, il n'y a pas substitution, dans des cas où les termes des testaments ne s'y prêtent pas facilement. Ainsi la Cour de Colmar, le 6 février 1824, décide qu'il n'y a pas de substitution dans le cas d'un homme qui institue sa femme son héritière avec cette clause : « Je veux et entends que ma femme, héritière instituée, soit saisie par ma mort, de plein droit,

¹ Grenoble, 2 avril 1818, *S. C. N.*, 5, II, 370.

² Voir en ce sens : Cass., 26 juin 1882, *S.*, 1882, I, 405, *D.*, 1884, I, 447 ; Cass., 14 juin 1899, *S.*, 1900, I, 80, *D.*, 1900, I, 353 ; Cass., 18 janvier 1893, *S.*, 1894, I, 502 ; Grenoble, 6 janvier 1880, *S.*, 1881, II, 141 ; Cass., 25 mai 1869, *S.*, 1869, I, 464, *D.*, 1869, I, 318.

de tous les biens qui composeront ma succession : si ce n'est que le dernier vivant de nous soit tenu par son testament que cette même succession soit réversible à nos mêmes héritiers collatéraux d'où sont provenus les biens... » La Cour de Colmar ne vit là qu'une simple obligation morale. Cependant il semble bien que les termes du testament ne permettaient pas une pareille interprétation, qu'ils obligeaient la légataire à disposer en faveur des héritiers collatéraux du testateur¹.

On peut citer encore dans le même sens un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 juillet 1834 qui ne voit pas une substitution dans la disposition suivante. Un sieur Simon avait nommé légataire universel Claude Simon, son petit neveu, « mais à la charge par ledit Claude Simon de transmettre à tous ses enfants nés ou à naître de son mariage ». La Chambre des requêtes rendit l'arrêt suivant : « Attendu, en fait, qu'on ne rencontre nulle part dans le testament dont il s'agit l'expression d'une pareille charge (de conserver et de rendre), que, loin de là, il résulte de ses dispositions que l'héritier est constitué seul juge et maître de transmettre ou de ne pas transmettre les biens héréditaires². » Le testateur, craignant qu'on n'attaquât son testament pour substitution, avait disposé ensuite que, dans le cas où le légataire universel serait troublé dans sa possession, il serait libre de disposer en faveur de qui il voudrait, ce que la Chambre des requêtes a interprété comme une explication de la phrase qui précède.

¹ Colmar, 6 février 1824. *D. A.*, v^o Substitution, p. 21.

² Chambre des requêtes, 8 juillet 1834, *S.*, 1834, I, 754.

L'arrêt Pénigault est un des plus caractéristiques et des plus nets par la formule qu'a employée le testateur. Le sieur Pénigault, tuteur officieux d'une demoiselle Julien, l'instituait sa légataire universelle « lui recommandant expressément toutefois que dans le cas où elle décèderait sans postérité légitime, elle devra faire retour à mes ayants droit de tout ou plus grande partie de ma succession ». Il a été jugé qu'il n'y avait pas là de substitution, et un tel jugement ne peut s'expliquer que par le désir qu'ont les tribunaux de valider le plus de testaments possible¹.

Dans un arrêt rendu le 14 juin 1865², il était question d'un testament aux termes duquel la testatrice avait disposé au profit de son neveu qui était pourvu d'un Conseil judiciaire. Elle disait même que, si cela n'avait pas été, elle aurait pris des mesures pour assurer la conservation des biens qu'elle lui laissait. Et elle ajoutait : « Mais je tiens à bien lui dire que je ne lui laisse une part de ma succession que pour la transmettre à ses enfants légitimes ou, à défaut d'enfants, à sa sœur et non à d'autres. » On attaqua ce testament comme entaché de substitution. Mais ni le tribunal de Cambrai le 27 novembre 1863, ni la Cour de Douai le 28 février 1864, ni la Chambre des Requêtes le 14 juin 1865 ne voulurent reconnaître une substitution dans cette disposition, disant qu'il n'y avait ni charge de conserver, bien qu'en fait le Conseil judiciaire fût là pour empêcher toute aliénation intempestive, ni charge

¹ Cass., 19 mars 1856, *S.*, 1856, I, 685, *D.*, 1856, I, 123.

² Cass., 14 juin 1865, *D.*, 1865, I, 437, *S.*, 1866, I, 59

de rendre, puisque la testatrice laissait à son légataire pour disposer à titre gratuit des biens donnés, lui indiquant seulement ce qu'elle désirait qu'il fit. Les enfants ou la sœur du légataire n'auraient pu, en s'appuyant sur ce testament, lui réclamer la transmission des biens légués à lui ou à ses héritiers.

De même, la cour de Poitiers, le 2 juillet 1906¹, n'a vu qu'un vœu ou un simple conseil dans un testament aux termes duquel le testateur avait légué sa propriété à son beau-frère dans le but d'empêcher qu'elle ne tombât entre les mains d'étrangers et « à charge par lui de la conserver dans la famille de ma femme et de ne pas la vendre² ».

Voici cependant un arrêt qui semble en contradiction avec les tendances actuelles de la jurisprudence³. Un sieur Chaplain avait fait son testament en faveur de sa femme « sans autre clause ni réserve, qu'elle disposera de mon bien à sa volonté envers ma famille ; à elle seule j'en laisse le soin, sachant qu'elle n'en voudra pas faire bénéficier sa famille ; c'est le but de mes dernières volontés ». Le tribunal d'Alençon n'y avait vu qu'un fidéicommiss *de eo quod supererit*, valable comme nous le verrons plus loin ; il aurait pu à plus juste titre y voir un désir, un vœu, comme le prétendait la dame Lecourt, héritière de la femme Chaplain. La cour de Caen, le

¹ *La Loi*, 5 septembre 1906, et *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 938.

² Voir dans le même sens : Amiens, 29 avril 1826, *D. A.*, v^o Substitution, p. 20 ; Lyon, 21 août 1838, *S.*, 1842, II, 229 ; Cass., 20 janvier 1840, *S.*, 1840, I, 363 ; Cass., 11 juin 1860, *S.*, 1860, I, 731, *D.*, 1860, I, 447 ; Cass., 13 décembre 1864, *S.*, 1865, I, 43.

³ Cass., 21 août 1866, *S.*, 1866, I, 438, *D.*, 1867, I, 30.

25 janvier 1865, infirma ce jugement disant qu'il y avait substitution prohibée, que les mots « à sa volonté » ne donnaient pas une entière liberté d'action à la femme, mais l'obligeait à disposer envers la famille du testateur, lui laissant seulement le droit de choisir. Et cependant le testateur avait eu la précaution d'expliquer sa pensée; il avait dit « à elle seule j'en laisse le soin, sachant qu'elle n'en voudra pas faire bénéficier sa famille ». La chambre des requêtes rejeta le pourvoi introduit contre cet arrêt et conclut à la juste application de l'article 896.

Mais on pourrait peut-être trouver dans les circonstances de la cause, les raisons de cette rigueur. Les époux Chaplain étaient décédés à peu de temps d'intervalle, victimes du même accident, le mari avant la femme. Cette dernière n'avait donc pas eu le temps de faire un testament dans le sens désiré par son mari et, comme on ne pouvait admettre la substitution en faveur de la famille du mari, en appliquant purement et simplement l'article 896, on annulait la disposition tout entière; les biens n'avaient jamais appartenu à la femme et ils revenaient, suivant l'ordre légal des successions, non aux héritiers de la femme, mais à ceux du mari, ce qui était en somme accomplir la volonté du sieur Chaplain ¹.

Mais ce n'est là qu'un arrêt isolé; la jurisprudence s'empresse de revenir à ses interprétations favorites en faveur de la validité.

¹ Voir également un arrêt de la Cour de Cassation du 7 janvier 1889, *D.*, 1889, I, 11, qui reconnaît une substitution dans une disposition d'ailleurs obscure.

Souvent même les tribunaux profitent de ce que les clauses du testament sont obscures et telles que l'on ne peut pas bien discerner ce que le disposant a voulu dire, pour le valider comme ne contenant que l'expression d'un désir. Un arrêt caractéristique en ce sens est l'arrêt Bodin¹. La dame Bodin disposait en faveur de Louis Bardonnnet et lui ordonnait de ne rien aliéner ; elle lui imposait la charge de conserver. Et elle ajoutait : « S'il venait à mourir sans enfants légitimes, je voudrais que tout ce qui dépendra de cette donation passera comme dédommagement en ligne directe, aux enfants de la Thérèse Bardonnnet, née Maublanc. » La Cour de Rouen et à sa suite la Chambre des requêtes ont jugé qu'il n'y avait pas là substitution, les mots « je voudrais » n'impliquent pas l'obligation formelle de rendre. S'il y avait eu « je veux », on aurait appliqué l'article 896. Cela avait tenu à bien peu, d'autant plus que dans ce testament, qui était olographe, la dame Bodin qui semble peu lettrée à en juger par les expressions dudit testament, a bien pu dire « je voudrais » croyant dire « je veux ». Et même ici M. Valette avait fourni une consultation concluant nettement à l'application de l'article 896. Il y était dit notamment : « La testatrice ne demande pas à son légataire universel, ne le prie pas de conserver les biens aux enfants de Thérèse Bardonnnet ; elle emploie le verbe vouloir au futur ou au conditionnel, il est vrai (je voudrai ou je voudrais), parce que sa pensée se place dans l'avenir et pour un cas éventuel et hypothétique, celui de la mort de Louis

¹ Cass., 16 mars 1875, *S.*, 1875, I, 150, *D.*, 1875, I, 483.

Bardonnnet sans enfants légitimes. C'est à cette époque que sa volonté aujourd'hui conditionnelle pourra se réaliser; ce qui le prouve bien, ce sont les mots suivants : Tout ce qui dépendra de cette succession passera comme dédommagement. Ce mot : passera, exprime un effet virtuel qui se produit de lui-même. » Et M. Valette rattache directement à cette volonté de substituer, l'interdiction contenue dans ce testament d'aliéner les meubles et les immeubles¹.

D'ailleurs, du moment qu'il ne peut y avoir une action en justice, que l'institué ne peut réclamer les biens au premier institué ou à ses héritiers, il n'y a pas substitution, semble-t-il, et cela quels que soient les termes de la disposition et la force des moyens moraux employés par le disposant. Ainsi la Cour de Cassation dans un arrêt du 5 juin 1899 reconnaît la validité d'un testament, dans lequel la testatrice avait fait une obligation de conscience à sa légataire universelle de disposer à sa mort comme elle le lui indiquait. Elle prenait toutes sortes de précautions pour dire qu'elle ne serait pas tenue civilement et elle affirmait à plusieurs reprises ses intentions dans ce sens. Mais étant donné le milieu où vivaient la testatrice et la légataire, et la charge qui était imposée à celle-ci, il était absolument sûr que cette dernière disposerait comme le voulait la testatrice, s'y croyant forcée².

Mais par contre, une disposition ainsi conçue : « La jouissance de telle maison appartiendra à ma sœur qui

¹ Voir dans ce sens : Riom, 30 mai 1881, *S.*, 82, II, 56, *D.*, 82, II, 4; Cass., 16 juillet 1885, *S.*, 86, I, 105.

² Cass., 5 juin 1899, *S.*, 1900, I, 259, *D.*, 1899, I, 373.

devra la laisser par testament à mon frère pour sa famille », a été annulée comme contenant une substitution, ce qui prouve que la jurisprudence n'est pas bien fixée en ce sens¹.

En résumé, l'on peut dire que la tendance de la jurisprudence est de ne pas reconnaître de substitution dans une disposition de laquelle il ne résulte pour le grevé aucune obligation juridique, toutes les fois qu'il faudra une disposition spéciale, un acte de volonté de sa part pour transmettre les biens au substitué. Et même les Tribunaux vont très loin dans cette voie, puisqu'ils valident des testaments dont les termes un peu obscurs pouvaient aussi bien être interprétés comme constitutifs d'une substitution que comme contenant un simple vœu.

Seulement, il en résulte nécessairement que la seconde disposition se trouve à la discrétion du grevé et que le substitué sera frustré de ce qui lui avait été légué, si le grevé ne dispose pas en sa faveur ou même oublie simplement de tester. Il se pourrait même qu'un légataire crût que le testament de la personne qui avait disposé en sa faveur était suffisant pour créer une deuxième transmission en faveur du substitué et qu'il négligeât de tester à son tour. Le substitué, bien que les intentions du testateur et du grevé fussent manifestement contraires, ne pourrait se faire délivrer les biens légués et toute action en justice intentée dans ce but n'aurait pour résultat que de faire reconnaître une substitution prohibée ou l'inanité de la disposition en

¹ Cass., 24 décembre 1901, S., 1902, I, 506.

sa faveur, ce qui amènerait un résultat négatif pour lui dans tous les cas. Comme le dit M. Lambert : « On est forcé, en recourant à ce procédé d'interprétation, d'enlever toute garantie de restitution au substitué, mais on parvient au moins à maintenir la disposition principale¹ ».

§ 2. **De la faculté d'élire.** — Nous venons d'étudier le cas où un testateur, désirant que son légataire dispose à son tour des biens légués par lui au profit d'une personne désignée, lui en fait seulement une obligation morale, dans lequel cas il n'y a pas de substitution prohibée. Qu'arrivera-t-il si le testateur, bien que laissant encore au légataire une certaine liberté, le charge de rendre à une personne qu'il aura choisie dans un groupe qu'il lui indique, ou bien même à la personne qu'il voudra? Il lui a fait un legs avec faculté d'élire. Là encore il y a bien une certaine part laissée à la volonté du légataire; mais sera-t-elle suffisante pour qu'il n'y ait pas substitution? Et quelle est la valeur de la faculté d'élire, prise en elle-même?

Cette clause était admise dans notre ancien droit, et, lorsqu'elle était donnée ou plutôt imposée à un légataire ou à un donataire, on admettait qu'elle constituait une substitution fidéicommissaire.

En est-il de même aujourd'hui?

La faculté d'élire a été abolie par la loi du 17 nivôse an II, et, bien que le Code civil n'en ait pas reproduit les dispositions, on reconnaît cependant que la faculté d'élire

¹ M. Lambert, *De l'Exhérédation*.

n'est plus permise. « En matière de disposition des biens, a déclaré Jaubert dans son rapport au Tribunat, il ne peut y avoir de facultés que celles qui sont définies par la loi. Ainsi, le projet ne s'expliquant pas sur l'ancienne faculté d'élire, le silence de la loi suffit pour avertir que cette faculté ne peut plus être conférée¹. » La loi du 17 nivôse an II présentait d'ailleurs cette suppression comme une conséquence de la prohibition des substitutions, et, comme celles-ci continuent à être prohibées, il faut en dire autant de la faculté d'élire. Dans notre ancien droit, elle était très usitée en matière de substitution et, ainsi que le fait remarquer Demolombe², lorsque la loi du 17 mai 1826 a rétabli en partie les substitutions, il a été décidé en même temps que la faculté d'élire était rétablie dans les mêmes cas³. La faculté d'élire et la substitution sont donc deux sortes de dispositions qui ont beaucoup d'affinités. Marcadé⁴ et Duranton⁵ ont soutenu, après la loi de 1826, la validité de la faculté d'élire, mais elle fut discutée aussi bien lors du vote de la loi que dans la doctrine. On a fait remarquer que la faculté d'élire « est en opposition avec ces deux principes fondamentaux de notre législation sur les testaments, savoir : que toute disposition testamentaire doit être l'expression de la volonté personnelle du testateur et qu'il n'est

¹ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, p. 579.

² Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, n° 106.

³ Voir Riom, 11 juin 1847, S., 1847, II, 468.

⁴ Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, art. 1048 et s. n° 6.

⁵ Duranton, *Cours de Droit français*, t. IX, n° 560.

pas permis de disposer au profit de personnes incertaines ».

Ce sont ces deux dernières raisons qui font qu'aujourd'hui la faculté d'élire est nulle suivant l'article 900, lorsqu'elle est donnée à une personne non gratifiée. Mais faudra-t-il n'appliquer que l'article 900 toutes les fois qu'on rencontrera cette clause ? La disposition ne pourra-t-elle pas renfermer une substitution quand la faculté d'élire est donnée à un légataire ?

On a soutenu qu'il ne pouvait y avoir là de substitution. La faculté d'élire, disait-on, est une clause nulle suivant l'article 900 ; c'est une clause non écrite, qui n'oblige pas le grevé à conserver et à rendre ; il ne peut pas y avoir de substitution, car il n'y a pas de substitué, d'appelé¹. Par suite, il faudra toujours maintenir l'institution.

Mais ce n'est pas là l'opinion de la grande majorité des auteurs et des Tribunaux.

On distingue, suivant que la faculté d'élire imposée au grevé est indéfinie et illimitée, ou bien est limitée à un cercle étroit tracé par le disposant.

Dans le cas où la faculté d'élire est illimitée, il ne peut y avoir substitution. C'est alors que l'on peut dire qu'il n'y a pas charge de conserver ou de rendre, qu'il n'y a pas de substitué. Le légataire est chargé de rendre à qui il voudra, personne ne se trouvera avoir un droit, personne ne pourra forcer le légataire à choisir ; à sa mort, personne ne pourra réclamer les biens comme substitué s'il n'a pas désigné quelqu'un.

¹ Voir *D. A.* v^o Substitution, n^o 89 ; Rolland de Villargues, n^o 264.

C'est comme si la clause n'existait pas. Le grevé est aussi libre qu'auparavant de disposer de ses biens en faveur de qui il veut. Bien plus, comme le dit Laurent, « si la faculté d'élire était réellement illimitée, elle impliquerait le droit de ne pas élire, c'est-à-dire que la prétendue substitution serait sans effet¹ ».

Demolombe partage cette opinion, mais il prétend que cette hypothèse est un peu chimérique, qu'il sera rare de la trouver dans la pratique; ce qui n'est pas tout à fait exact puisqu'on rencontre quelques arrêts en cette matière².

Les tribunaux appliquent l'article 900 dans ce cas. Ainsi la Cour d'Aix a reconnu le 9 février 1841³ qu'il n'y avait pas de charge de conserver et de rendre, mais une clause nulle établissant la faculté d'élire, dans un testament ainsi conçu : « Je donne et lègue à mon épouse l'universalité de tous mes biens pour par elle jouir et disposer comme elle avisera et en toute propriété. Je charge néanmoins ma dite épouse de disposer des biens que je lui donne, en ce qui concerne les immeubles seulement, en faveur d'un ou de plusieurs de mes parents et de ceux en qui elle reconnaîtra le plus de mérite à quelque degré que ce soit, à son choix. » Si la faculté d'élire avait été circonscrite dans le cercle des

¹ Laurent, *Principes de Droit civil français*, t. XIV, n° 406.

² Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, n° 106. — Voir également M. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VI, n° 14; MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VII, 694; MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. II, n° 3122; Troplong, *Commentaire du titre des donations et testaments*, t. I, n° 154.

³ D. A., v° Substitution, n° 69, 7°, S., 1842, II, 19.

parents, la disposition aurait contenu une substitution fidéicommissaire, mais la Cour a décidé que cette faculté était illimitée, qu'elle s'étendait aux tiers.

Il a été jugé de même dans l'espèce suivante : Un testateur avait dit : « Quant à la propriété de mon hérédité et biens de toute nature, desquels je laisse l'usufruit à madite femme, je donne faculté à la même d'en disposer en son âme et conscience au bénéfice de la personne qu'elle jugera à propos ». Il a été décidé que le disposant avait donné à sa femme et l'usufruit et la nue propriété de ses biens avec faculté d'élire indéfinie, et que par conséquent il n'y avait pas là de substitution prohibée.

En fait, il est vrai que ladite dame avait fait élection immédiatement à la mort du testateur, en la personne d'un neveu qui avait été déjà gratifié par le défunt en vertu d'une donation qui s'était trouvée nulle. Laurent, qui analyse cet arrêt, éprouve un scrupule. « Il y avait une substitution de conscience, dit-il ; si on la valide, n'est-ce pas donner au testateur le moyen d'éluder la loi ! Il donnera ses biens à une personne dont il est sûr et s'en rapportera à sa conscience en lui permettant d'élire qui elle voudra : les intentions seront remplies et la prohibition de la loi deviendra illusoire ». Mais il conclut qu'en l'état des textes on ne peut annuler comme substitution la disposition contenant une faculté d'élire illimitée. Il aurait pu dire aussi que ce n'était qu'une substitution de conscience, qu'il n'en résultait aucun droit pour personne, et que les tribunaux ne se croient pas forcés de faire respecter ces substitutions, ou de les annuler lorsqu'elles sont prohi-

bées, car il est souvent difficile de les découvrir et de les prouver¹.

Mais il faudra appliquer l'article 896 et annuler la disposition tout entière, si le légataire se trouve obligé de choisir entre certaines personnes désignées par le disposant, qu'il dise : « Le légataire devra rendre les biens à la personne qu'il aura choisie entre telle et telle », ou bien « je le charge de rendre au membre de sa famille ou de la mienne, qu'il voudra. » Dans ce cas, on ne peut plus considérer les appelés comme des personnes incertaines. Il y a bien substitution fidéicommissaire, et la faculté d'élire qui y est jointe n'empêchera pas la disposition d'être nulle. Comme le dit Demolombe (*loc. cit.*) : « Qu'il y ait dans ce cas une faculté d'élire, soit ! Mais il y a aussi une substitution ; seulement c'est une substitution avec faculté d'élire, c'est-à-dire avec un vice de plus et, pour ainsi dire, avec une circonstance aggravante ! Or, il serait très extraordinaire et bien peu rationnel, que ce fût précisément cette substitution-là qui fut soustraite à l'application de l'article 896² ! »

Les tribunaux ont toujours vu une substitution prohibée dans ces dispositions. On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de Rennes du 19 Mai 1849³. Il s'agissait d'un testament aux termes duquel la testatrice léguait à son mari la pleine propriété de tous ses biens,

¹ Cass., 2 juillet 1867, *D.*, 1867, I, 272.

² Voir aussi MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations entre vifs et des testaments*, t. II, nos 3123 et suiv.

³ Rennes, 19 mai 1849, *S.*, 1850, II, 609. — Voir pour la même affaire : Cass., 5 mars 1851, *S.*, 1851, I, 261, *D.*, 1851, I, 104.

mais à la charge de rendre deux fermes « aux membres de mon estoc qu'il voudra et quand il voudra. » La Cour de Rennes décida : « que la faculté d'élire le ou la substituée parmi les membres de l'estoc laissée au légataire est indifférente, puisque cette faculté ayant été abolie indéfiniment par la loi du 17 Nivôse an II et le Code ayant maintenu implicitement cette abolition par cela qu'il ne l'a pas reproduite, il en résulte que dans l'espèce cette faculté contraire aux lois doit être réputée non écrite aux termes de l'article 900 du Code, ce qui réduit la clause à ces termes : à la charge de transmettre aux membres de mon estoc. » On avait objecté que la testatrice avait seulement prié son mari de transmettre les biens ; mais c'était bien une charge qui lui était imposée, d'ailleurs le mot lui-même de « charge » était exprimé dans le testament. On avait dit encore que le légataire n'était pas obligé de rendre à sa mort, qu'il pouvait le faire auparavant. Avec raison on a répondu que dans toute substitution fidéicommissaire le grevé peut rendre avant sa mort, même lorsque cette faculté n'est pas exprimée dans la disposition ; mais que dans notre espèce aussi bien que dans toute autre substitution, ce n'est qu'au décès du grevé que les appelés auront un droit, qui s'exercera en fait contre sa succession.

A ce propos, il est à remarquer que Coin-Delisle distingue les dispositions avec faculté d'élire, suivant que l'élection doit être faite à une autre époque que le décès du légataire, par exemple, à la majorité de ceux parmi lesquels est circonscrit le choix, auquel cas il faudra appliquer l'article 900, et suivant que l'élection

doit être faite à l'époque du décès du légataire ; alors il y a substitution prohibée¹. Si cette analyse est vraie quant à la première catégorie, elle n'est pas aussi exacte quant à la seconde, puisque nous avons vu que, même dans ce cas, il faudra appliquer l'article 900, si la faculté d'élire est illimitée.

La Cour de cassation, le 27 avril 1874², a encore décidé qu'il y avait une substitution dans un testament dans lequel un sieur Dombras, après avoir institué sa femme légataire universelle, ajoutait : « Je désire qu'elle institue Jules Dombras, mon petit-cousin, pour héritier des biens que je viens de léguer à madite femme, sans cependant lui en faire une obligation ; elle est libre de nommer pour son héritier Joseph Dombras, fils de mon cousin Alexandre, ou bien Sidonie Triaire, ma fille adoptive³ ».

La jurisprudence est donc bien établie en ce sens.

¹ Coin-Delisle, *Donations et testaments*, art. 896, n° 47.

² Cass., 27 avril 1874, *D.*, 1875, I, 13.

³ Voir dans le même sens ; Cass., 23 mai 1808, *D. A.*, v° Substitution, n° 91 ; Nîmes, 17 août 1808, *S.*, 2, II, 428 ; Cass., 28 février 1853, *S.*, 1853, I, 332, *D.*, 1853, I, 202 ; Cass., 30 novembre 1853, *D.*, 1854, I, 402 ; Cass., 21 août 1866, *D.*, 1867, I, 30, *S.*, 1866, I, 438 ; Cass., 27 mars 1889, *D.*, 1890, I, 254.

CHAPITRE II

SUBSTITUTION VULGAIRE ET ACCROISSEMENT

C'est dans ce même ordre d'idées, que ne pouvant sauver la substitution tout entière, les tribunaux ont au moins essayé de sauver l'institution ou parfois même la seconde disposition par l'application des articles 898 et 1044. Il s'agissait de voir dans les testaments ou bien une simple substitution vulgaire ou bien un droit d'accroissement. Mais pour cela, il fallait que le véritable bénéficiaire pût être déterminé au moment du décès du testateur, qu'il fût au moins conçu à cette époque, conformément à l'article 906, parce que c'est à ce moment que l'on se place pour attribuer définitivement les biens.

Par ce moyen les tribunaux peuvent éviter les inconvénients d'une nullité générale de la disposition et arrivent au même résultat que sous l'empire de la loi du 14 novembre 1792, qui annulait seulement la disposition au profit du substitué et conservait le legs fait à l'institué.

§ 1. **Substitution vulgaire.** — Pour la substitution vulgaire, notre jurisprudence trouvait des précédents dans la théorie des substitutions compendieuses

qui avait été élaborée dans notre ancien droit. Les substitutions compendieuses étaient des dispositions faites en termes obscurs et abrégés, de telle sorte que l'on pouvait y voir ou bien une substitution fidéicommissaire ou une substitution vulgaire. Dans notre ancien droit, favorable aux substitutions, on décidait qu'il fallait interpréter ces dispositions comme des substitutions fidéicommissaires. Sous le régime du Code civil, on ne peut suivre les mêmes principes, car ce serait annuler trop facilement des dispositions par lesquelles le testateur n'a peut-être voulu faire qu'une substitution vulgaire, mais a oublié de dire, tellement cela lui paraissait naturel, que c'était au moment de sa mort qu'il fallait se placer pour déterminer le bénéficiaire définitif. Ainsi, un testateur dit : « Je lègue tels biens à Primus, et, en cas de décès de Primus avant Secundus, ces biens iront à Secundus. » On ne peut savoir si le disposant a voulu envisager le cas où Primus mourrait avant Secundus et avant sa mort à lui testateur ou s'il veut qu'en cas de décès de Primus, même après lui, les biens passent à Secundus. Avec raison on décide généralement aujourd'hui que le testateur a voulu faire une substitution vulgaire, mais la jurisprudence va même plus loin et dans son désir de valider les dispositions testamentaires, elle a admis des testaments qui contenaient évidemment des substitutions fidéicommissaires, dans lesquels le disposant n'avait pas pu envisager le cas où le premier bénéficiaire décéderait avant lui.

Avec raison, avons-nous dit, les tribunaux reconnaissent qu'il y a seulement une substitution vulgaire

dans des dispositions qui peuvent aussi s'interpréter comme contenant des substitutions fidéicommissaires, quand il n'apparaît pas que la volonté du testateur soit contraire à cette interprétation. Il faut toujours analyser les actes de manière à leur donner effet, plutôt que de manière à les annuler ; un testateur ne doit pas être présumé avoir voulu faire une disposition illicite et inutile. Et tout cela est assez juste : lorsque chacun peut faire seul un testament et peut le faire sans l'assistance ou les conseils de praticiens, comme cela se passe le plus souvent grâce à la pratique des testaments olographes, surtout si le disposant est peu instruit, il doit arriver nécessairement que les termes des testaments ne cadrent pas exactement avec la pensée des testateurs et que ceux-ci oublient quelque membre de phrase cependant essentiel, comme de stipuler s'ils ont envisagé la mort de leur légataire avant ou après leur propre décès.

Prenons comme exemple le cas suivant qui s'est présenté dans la pratique. Un sieur Burgaud laissait un testament où il était dit : « Je déclare instituer pour mon légataire universel la personne de M. Théodore Duret et dans le cas où Théodore Duret mourrait sans enfants ou descendants, je veux que ce soient les enfants de Julie Duret, épouse Lachaume, qui deviennent alors mes légataires universels. » D'après le testament on ne pouvait savoir si le testateur avait envisagé l'éventualité de la mort de Théodore Duret, dans tous les cas, c'est-à-dire aussi bien après qu'avant son propre décès, ou bien s'il avait considéré seulement le cas de prédécès de son légataire sans laisser d'enfants.

Il avait pu ne prévoir que ce dernier cas et la Cour de Poitiers, pour ne pas annuler la disposition tout entière, a supposé que telle avait été sa volonté, en décidant « que la généralité des expressions employées par feu Burgaud dans la clause critiquée de son testament, par cela même qu'elle ne précise pas l'époque du décès sans enfants ou descendants de Théodore Duret, qu'elles ne disent pas si c'est avant ou après le décès du testateur, loin d'exclure le premier cas qui donne lieu à la substitution vulgaire autorisée, la comprennent et l'expriment nécessairement : que cette clause serait-elle susceptible de plusieurs sens, doit être entendue plutôt dans le sens avec lequel elle peut produire effet que dans celui où elle n'en aurait aucun ».

Par suite, si le légataire universel vit encore au moment du décès du testateur, c'est lui qui recueillera les biens et la seconde disposition au profit des enfants Lachaume sera caduque ; c'est ainsi qu'il faudra interpréter le testament, sinon on serait obligé de reconnaître qu'il contient une substitution. Si le légataire décède sans enfants avant le testateur, c'est le second legs seul qui subsistera. D'un autre côté, si Théodore Duret décédait sans enfants, mais seulement après la mort du testateur, comme il a déjà recueilli, les enfants Lachaume ne pourraient hériter des mêmes biens si ce n'est par l'effet d'une substitution fidéicommissaire. C'est au décès seulement du testateur que l'on se place pour décider quel est le bénéficiaire de la disposition, et celui-ci déterminé, le sera toujours et définitivement. Il n'y aura jamais eu qu'un seul gratifié, tandis

que dans la substitution fidéicommissaire il y en aurait deux, appelés successivement ¹.

Cette interprétation est licite tant que les dispositions qu'il s'agit d'analyser sont obscures et peuvent s'y prêter assez facilement. Cependant comme le fait remarquer Laurent : « Il ne suffit pas qu'il soit possible d'interpréter une disposition comme substitution vulgaire pour que, par cela seul, on doive la valider ; il faut voir aussi si telle a été la volonté du disposant ». Si l'on se montre trop facile pour admettre qu'il y a une substitution vulgaire dans les dispositions un peu obscures, qu'arrivera-t-il ? Le testateur rédigera toujours son testament d'une façon peu claire et s'arrangera de manière que la substitution fidéicommissaire qu'il a voulu faire puisse s'interpréter comme substitution vulgaire. Si on n'attaque pas son testament, il sera exécuté comme substitution fidéicommissaire ; si on l'attaque, les juges pouvant le considérer comme contenant une substitution vulgaire, repousseront la demande ; l'institution subsistera. Par suite, tout héritier du testateur qui voudrait attaquer le testament, se verra enlever tout intérêt de le faire. Il faudrait donc, comme le demande Laurent, que le juge examinât quelle a été la volonté du disposant. Dès que la volonté de faire une substitution prohibée apparaîtrait, la disposition devrait être annulée, même s'il était possible

¹ Cass., 29 février 1864, *D.*, 1864, I, 213. — Voir dans le même sens : Riom, 25 février 1825, *S.*, 1827, II, 26 ; Limoges, 3 janvier 1816, *S. C. N.*, 5, II, 89 ; Cass., 1^{er} juin 1817, *S. C. N.*, 5, I, 329 ; *D. A.*, v^o Substitution, n^o 219 ; Montpellier, 26 mai 1879, *D.*, 1880, II, 115, *S.*, 1880, II, 167.

de l'interpréter comme une substitution vulgaire. C'est ce que dit la Cour de Cassation, dans l'arrêt du 9 février 1864, cité plus haut : « Dans le doute, c'est le droit et le devoir du juge de rechercher quelle a pu être l'intention du testateur et de se déterminer par la règle d'interprétation : *potius valeant quam pereant*. »

Mais la jurisprudence partant de ce principe, qu'il ne faut pas présumer que le testateur a voulu faire une disposition illicite et inutile, applique seulement cette seconde règle et voit avec une grande facilité une substitution vulgaire dans les substitutions compendieuses, sans s'occuper beaucoup de l'intention du testateur. Elle se contente d'un simple doute dont elle profite toujours pour valider le testament. Elle a même vu parfois des substitutions vulgaires dans des dispositions qui ne pouvaient véritablement contenir qu'une substitution fidéicommissaire, comme il résultait des circonstances ou même des termes du testament.

Ainsi la Cour de Limoges a décidé qu'il n'y avait qu'une substitution vulgaire dans le testament suivant : « J'institue mon neveu pour mon légataire universel, à charge de rendre à l'aîné de ses enfants mâles tous les biens qu'il recueillera en vertu dudit legs. Dans le cas où mondit légataire viendrait à décéder sans enfants mâles, je lui substitue mon beau-frère. » La première disposition était permise par la loi du 17 mai 1826, mais la seconde était assurément une substitution fidéicommissaire. C'était bien là l'intention du testateur, comme le remarque Laurent : « Les mots, je substitue, ne pouvaient laisser aucun doute dans la bouche d'un gentilhomme qui tenait à conserver son patri-

moine dans la famille mâle portant son nom. Il avait son frère, pourquoi ne l'avait-il pas institué ? Il le disait : c'est qu'il était mécontent de son mariage et mécontent des conventions matrimoniales par lesquelles ledit frère donnait tous ses biens à sa future épouse. » La Cour de Cassation approuva cet arrêt ¹.

Donc, dès que le testament peut s'interpréter dans le sens d'une substitution vulgaire, les tribunaux s'empressent de le valider. « Il importe peu, dit la Cour de Limoges, que la pensée du testateur ait pu s'étendre à ce qui pourrait avoir lieu après sa mort pour régler l'ordre de succession qui devrait être suivi au décès de chacun des gratifiés. Dès que ces prévisions ont eu également pour objet ce qui se ferait, dans le cas où l'un de ces donataires ou légataires prédécéderait avant lui-même, sa disposition contient à ce point de vue une substitution purement vulgaire qui ne vicie point l'institution ². »

Mais toutes les décisions de la jurisprudence ne sont pas en ce sens. Il se trouve même beaucoup de jugements qui ont vu dans une substitution compendieuse une substitution fidéicommissaire et qui ont annulé ces dispositions conformément à l'article 896. Dans ces décisions, les tribunaux avaient recherché quelle était la volonté du testateur et ils en avaient conclu que

¹ Cass., 23 juillet 1834, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 120, S., 1834, I, 577. — Voir aussi Besançon, 29 mars 1861, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 217.

² Toulouse, 4 juillet 1840, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 158, 4^o; Paris, 17 décembre 1836 et Nancy, 4 juillet 1844, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 105, 3^o et 5^o.

celui-ci avait voulu avant tout faire une substitution prohibée.

C'est ainsi que l'a décidé la Cour de Paris le 11 mars 1811 et, à sa suite, la Cour de cassation, le 15 janvier 1812¹, pour un cas où il s'agissait d'interpréter la clause suivante, contenue dans un testament, aux termes duquel le testateur nommait une femme sa légataire universelle : « Dans le cas où elle viendrait à décéder avant son mari, je veux que le legs universel retourne et appartienne à toujours à ses quatre enfants, que j'institue... pour par eux en jouir en toute propriété et à perpétuité, faire et disposer du tout comme bon leur semblera à compter du décès de leur mère. » Ce testament contenait d'abord une clause de retour au profit d'autres personnes que le disposant et nous verrons que cette clause est nulle. On ne pouvait le faire valoir comme contenant une substitution vulgaire, car nulle part le testateur ne parlait du décès de sa légataire avant lui et les termes du testament faisaient présumer le contraire, notamment l'expression de « retourne » qui implique que la première bénéficiaire devait avoir déjà recueilli les biens. De plus, le testateur ne disait pas que les quatre enfants auraient la propriété des biens du jour de sa mort à lui, mais du jour de la mort de leur mère, ce qui suppose que, dans sa pensée, il ne voyait que le cas où la mère aurait déjà recueilli.

La Cour de Paris a jugé encore dans le même sens, dans une espèce où le testateur disait : « Dans le cas

¹ Paris, 11 mars 1811, *S. C. N.*, 3, II, 441; Cass., 15 janvier 1812, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 106, 2^o.

où ma légataire universelle viendrait à mourir avant sa majorité ou son mariage, j'entends que son frère, mon petit-neveu, hérite de toute la succession que je laisse à sa sœur, ma légataire, aux charges et conditions que renferme le présent testament. » Il est probable qu'une autre Cour aurait pu y voir une substitution vulgaire¹.

Parfois il s'est trouvé des testaments qui contenaient manifestement des substitutions fidéicommissaires, mais qui cependant ne furent pas annulés, suivant l'article 896, parce que l'institué ou le grevé étaient morts avant le testateur. Il ne restait plus alors qu'une seule disposition et il y avait comme une sorte de substitution vulgaire.

Supposons que le grevé soit mort : la disposition en sa faveur sera caduque ; il ne restera plus que celle en faveur de l'appelé et cette dernière se trouvera alors pure et simple. On ne retrouvera pas dans ce cas les inconvénients de la substitution fidéicommissaire ; plus de charge de conserver et de rendre, plus d'inaliénabilité des biens, plus d'indisponibilité de la propriété. Il n'y aura qu'une seule transmission des choses léguées et le bénéficiaire jouira immédiatement d'une propriété complète et incommutable.

Le testateur avait fait une libéralité à l'appelé ; si celle-ci est exécutée immédiatement, on ne peut dire

¹ Paris, 30 août 1820, *S. C. N.*, 6, II, 317. — Voir aussi Bordeaux, 18 mars 1823, *S. C. N.* 7, II, 183; Nîmes, 4 avril 1827, *S. C. N.* 8, II, 352; Agen, 1^{er} juin 1838, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 151; Cass., 7 mai 1862, *D.*, 1862, I, 289; Bordeaux, 13 août 1873, *D.*, 1874, II, 129; Cass., 4 décembre 1865, *D.*, 1866, I, 38; Cass., 21 juin 1841, *S.*, 1841, I, 603; Limoges, 6 juin 1848, *S.*, 1849, II, 299.

que c'est contrairement à sa volonté. Le contraire ne pourrait avoir lieu qu'au cas où le disposant aurait voulu que la seconde disposition fût subordonnée à la première, ce qui serait exceptionnel ; et il faudrait alors que cette intention apparût clairement.

La jurisprudence est en ce sens. Ainsi un sieur Dabrin avait nommé sa femme légataire universelle, à charge par elle de conserver et de rendre à sa mort aux mineurs Fontenillat les biens qu'elle aurait recueillis. La dame Dabrin étant décédée avant son mari, la Cour de Paris décida que « il était superflu de rechercher si la libéralité dont elle était l'objet présentait réellement les caractères d'une substitution fidéicommissaire : que le prédécès du légataire institué à charge de substitution du vivant du testateur a, en effet, pour conséquence de donner ouverture au droit des appelés au moment même de la mort de ce dernier, dans la succession duquel ils prennent directement les biens à eux légués : que, dès lors, les vices de la disposition primitive sont purgés et qu'il ne reste plus qu'une institution pure et simple parfaitement régulière ¹ ».

S'il avait fallu appliquer les lois romaines, le testament aurait été nul, même au cas de décès de l'institué avant le testateur, car à Rome, la règle catonienne exigeait que, pour être valable, une disposition testa-

¹ Paris, 19 juillet 1870, *S.*, 1871, II, 69. — Voir en ce sens : Cass., 24 mars 1829, *S. C. N.*, 9, I, 258 ; Cass., 20 février 1844, *S.*, 1844, I, 439, *D.*, 1844, I, 106 ; Agen, 7 juillet 1857, *S.*, 1857, II, 408 ; Cass., 19 mars 1873, *S.*, 1874, I, 5 ; Cass., 9 août 1882, *S.*, 1882, I, 58. — Voir cependant en sens contraire : Cass., 27 avril 1819, *S. C. N.*, 6, I, 67.

mentaire pût être considérée comme telle aussi bien au moment de sa rédaction qu'au moment du décès du testateur. Or, dans notre cas, le testament entaché de substitution ne devient valable qu'au décès du disposant, puisque c'est grâce à un événement fortuit que la substitution fidéicommissaire se trouve changée en une sorte de substitution vulgaire. Mais notre Code n'ayant pas reproduit cette règle sévère, on ne peut la considérer comme en vigueur aujourd'hui et l'on ne devra pas appliquer la nullité de l'article 896 à ce testament.

La même solution est applicable si, au lieu du grevé, c'est le substitué qui meurt avant le testateur. La charge de conserver et de rendre se trouve alors sans objet et le grevé recueillera le legs comme pur et simple.

On s'est servi du même moyen pour valider la disposition suivante que nous retrouverons à propos du legs conditionnel. Un testateur dit : « Je lègue tel immeuble à Primus et au cas où il ne se marierait pas et n'aurait pas d'enfants, je lègue le même immeuble à Secundus ». La condition sous laquelle est fait le legs de Primus n'est susceptible de se vérifier qu'à sa mort. Dans cette disposition, il est certain que le testateur a eu en vue le cas où Primus mourrait après lui. Il y avait donc substitution prohibée; les biens devaient passer à Secundus après avoir déjà été recueillis par Primus, au cas où ce dernier ne se marierait pas et n'aurait pas d'enfants. Mais Primus se marie et a des enfants avant la mort du testateur; on a décidé alors que la condition se trouvait accomplie, par suite, le legs au profit de Secundus était caduc, celui de Primus seul subsistait sans charge d'aucune sorte; le vice qui entachait la

disposition s'était évanoui, et les tribunaux ont reconnu la validité de ce testament¹.

Mais la jurisprudence va parfois plus loin et admet que des dispositions qui pourraient être interprétées comme des substitutions fidéicommissaires sont valables comme substitutions vulgaires, alors même que l'on est sûr que la condition insérée dans le legs et dont dépend l'attribution des biens à l'un ou à l'autre des légataires, ne s'accomplira qu'après le décès du testateur.

Ainsi, le 4 juin 1840, un sieur Célestin Sautiran fait un testament où, après avoir légué l'usufruit de ses biens à plusieurs personnes successivement et en dernier lieu à Adèle Sautiran, sa nièce, il ajoutait : « Je lègue la nue propriété de tous les biens meubles, effets mobiliers et immeubles qui m'appartiendront à mon décès à ladite Adèle Sautiran, ma nièce, si elle se marie avant qu'elle ait atteint l'âge de trente-six ans et s'il existe des enfants ou descendants d'elle à son décès pour lui succéder. Et, dans le cas où madite nièce ne recueillerait pas ladite nue propriété léguée par le défaut de la double condition suspensive ci-dessus, et à laquelle double condition demeure rigoureusement subordonné le legs de la nue propriété, je lègue cette nue propriété de tous les biens quelconques qui m'appartiendront à mon décès, à l'hospice de Condom. » Le testateur meurt en 1844. En 1866, Adèle Sautiran, devenue femme Lartigue, attaque le testament comme contenant une substitution prohibée. Le 25 mars 1868, la Cour d'Agen confirma un jugement du Tribunal de Condom

¹ Cass., 26 février 1855, S., 1855, I, 182.

du 2 février 1867 qui refusait de voir dans ce testament une substitution fidéicommissaire, et la Cour de cassation le 8 février 1869 rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Agen, disant « que cette disposition constitue une simple substitution vulgaire et non la substitution fidéicommissaire prohibée par l'article 896 ; qu'elle n'établit pas, en effet, un ordre successif faisant passer la propriété d'Adèle Sautiran à l'hospice, mais une alternative par laquelle suivant que la double condition sera ou non accomplie, la propriété appartiendra irrévocablement soit à la nièce, soit à l'hospice. » Cette décision était admissible si la condition s'était réalisée avant la mort du testateur, mais ce n'était pas le cas ici. Le testateur était mort depuis longtemps et c'est même au décès de la légataire, c'est-à-dire encore longtemps après les décisions rapportées que la réalisation de la condition devait être vérifiée. On aurait pu parfaitement y voir une substitution fidéicommissaire, qui est prohibée aussi bien lorsqu'elle est conditionnelle que lorsqu'elle est pure et simple. Les Tribunaux avaient ici la ferme volonté de valider cette clause qui se présentait sous un jour favorable, mais ils n'avaient nul besoin de recourir à l'idée d'une substitution vulgaire. Il y avait plutôt là un legs d'usufruit avec un double legs de nue propriété sous condition suspensive, que la jurisprudence admet depuis longtemps comme nous le verrons plus loin. Mais les Tribunaux hésitaient à s'engager dans cette voie et ils recouraient à une idée de substitution vulgaire qui ne pouvait en somme s'appliquer ici, puisque la réalisation en était reportée après le décès du

testateur, ce qui ne semble pas être la conception de la substitution vulgaire qu'a admise notre Code civil¹.

§ 2. **Accroissement.** — Jusqu'ici nous nous sommes occupés de la substitution vulgaire, c'est-à-dire d'une disposition faite au profit d'une personne pour le cas où le legs fait à une autre se trouverait caduc pour quelle cause que ce soit. Nous allons voir maintenant un cas qui s'en rapproche beaucoup, mais dans lequel le second legs n'est pas fait au profit d'un tiers non encore gratifié.

Par la même disposition, un testateur a appelé plusieurs légataires conjointement sans assigner la part de chacun. L'un d'eux vient à mourir avant le testateur : l'article 1044 décide que la part du prédécédé ira accroître celles des survivants. La pratique s'est emparée de cet article et a essayé de s'en servir pour déguiser de véritables substitutions fidéicommissaires, comptant que les Tribunaux n'y verraient qu'un simple droit d'accroissement, comme ils n'avaient vu qu'une substitution vulgaire dans d'autres hypothèses.

Supposons qu'un testateur ait dit : « Je lègue mon immeuble à Pierre et à Paul, mais je veux que la portion de celui qui mourra le premier sans enfant accroisse celle du survivant. » Est-ce que le testateur a voulu stipuler cette clause pour le cas où l'un ou l'autre des légataires mourrait sans enfants avant lui testateur, ou bien après lui, c'est-à-dire après avoir recueilli. Dans le premier cas, il y aura une disposition

¹ Agen, 25 mars 1868, *D.*, 1868, II, 174; Cass., 8 février 1869, *D.*, 1870, I, 13. — Voir dans le même sens : Cass., 4 janvier 1876, *S.*, 1876, I, 28; Cass., 23 décembre 1878, *S.*, 1879, I, 399.

permise, dans le second une substitution fidéicommissaire¹.

Il y a un cas qu'il faut mettre de côté. C'est lorsque l'un des deux légataires meurt avant le testateur. En vertu du même principe que nous avons vu plus haut à propos de la substitution vulgaire, il faudra décider que le legs est valable tout entier pour le survivant, comme le dit l'article 1044, et bien que l'on ait de fortes présomptions de croire que le testateur ait voulu faire une substitution fidéicommissaire.

Mais si les deux légataires sont encore vivants au moment du décès du testateur, ils recueilleront chacun leur part et il ne pourra y avoir d'accroissement si la condition se réalise postérieurement, car alors on dépasserait les termes de l'article 1044 qui ne vise que le cas où l'un des légataires décède avant le disposant, ce que tout le monde admet.

Les tribunaux, quand ils peuvent voir dans un testament un simple droit d'accroissement, valident généralement le legs².

On a contesté que l'on puisse considérer ces legs comme ne constituant qu'un droit d'accroissement, car, dit-on, il n'y a pas lieu pour le testateur de stipuler une chose qui est de droit et qui est établie par la loi elle-même.

¹ Voir MM. Baudry Lacantinerie et Colin, *Traité des donations et des testaments*, t. II, nos 3153 et 3154.

² Voir en ce sens : Cass., 26 juillet 1808, *S. C. N.*, 2, I, 558; Besançon, 29 mars 1811, *D.*, v^o Substitution, n^o 217; Rouen, 10 juin 1814, *S. C. N.*, 4, II, 392; Cass., 19 juillet 1814, *S. C. N.*, 4, I, 597; Limoges, 3 janvier 1816, *S. C. N.*, 5, II, 89; Cass., 11 juin 1817, *S. C. N.*, 5, I, 329; Cass., 10 janvier 1821, *S. C. N.*, 6, I, 361; Cass., 4 décembre 1843, *S.*, 1844, I, 268; Cass., 26 mars 1851, *S.*, 1851, I, 734.

S'il a dit que la part du prédécédé irait accroître celle du survivant, c'est qu'il n'a pas seulement envisagé le cas où le légataire mourrait avant lui, mais encore celui où les deux bénéficiaires lui survivraient, auquel cas tous les deux auront recueilli ; par conséquent, il y aura une seconde transmission de celui qui mourra le premier au survivant et, par suite, substitution prohibée¹, mais on peut répondre que le testateur a cru bon d'expliquer quelle était sa volonté, bien qu'il l'ait fait dans des termes obscurs et prêtant à double entente. On ne saurait exiger de tout testateur, surtout lorsqu'il ne laisse qu'un testament olographe, la connaissance des règles juridiques qui régissent la matière des successions et notamment de l'article 1044, d'autant plus que cet article lui-même a été édicté comme interprétant la volonté du testateur.

Il faut adopter l'opinion de Duranton qui nous dit : « Lorsque, d'après les termes de l'acte, la disposition ne devra pas nécessairement s'entendre du cas d'une substitution prohibée, qu'il y aura raisonnablement possibilité de l'entendre aussi du cas d'une substitution vulgaire ou du droit d'accroissement entre les légataires quoique inutilement prévu par le testateur, il faut adopter ce dernier parti, bien que, dans beaucoup de circonstances, et il ne faut pas se le dissimuler, la volonté réelle du disposant puisse ne pas se trouver parfaitement remplie. » Le testateur n'a peut-être voulu donner qu'à la condition que les biens se trouveraient un jour réunis dans les mêmes mains. Et

¹ Voir Laurent, *Principes de Droit civil français*, t. XIV, n° 432

Duranton ajoute : « Mais c'est sa faute d'avoir voulu faire ce que la loi lui défendait¹. »

Pour le droit d'accroissement, comme pour la substitution vulgaire, les tribunaux sont allés parfois trop loin et ont validé des testaments qui ne pouvaient être interprétés que comme contenant une substitution prohibée, sans s'occuper de la volonté du disposant et des circonstances de la cause, desquelles cependant devraient dépendre la validité ou la nullité.

Ainsi, la Cour de Limoges, le 3 janvier 1816 et la Cour de cassation, le 11 juin 1817, ont considéré comme valable le testament suivant : « Je lègue à Joseph et Marie M., mes petits-enfants, la moitié de mes biens et, dans le cas où l'un d'eux mourra sans enfants, je lui substitue l'autre survivant. » En l'espèce, lors du testament, les légataires étaient des enfants en bas-âge et le testateur, leur aïeul, avait peu de chances de leur survivre. Il avait probablement eu pour but de soustraire la moitié de ses biens à son héritier légal, c'est-à-dire à son fils, le père des légataires, dont il craignait sans doute la mauvaise administration ; il voulait en outre que, même après sa mort et si l'un des légataires mourait sans enfants, tout ou partie de la part de celui-ci ne puisse revenir à titre de succession à son père. Comme on pouvait y voir un droit d'accroissement en même temps qu'une substitution prohibée, la Cour de Limoges préféra la première interprétation qui donnait effet à la disposition. Mais cette interprétation ne donnait pas entière satisfaction à la

¹ Duranton, *Cours de Droit français*, t. VIII, n° 48.

volonté du testateur : si les deux légataires vivaient à son décès, ils recueillaient chacun la moitié des biens légués, nette de toute charge, et, par suite, si l'un d'eux mourait sans enfants, sa part ne passait pas entièrement à l'autre, mais revenait pour partie au père. Il est vrai que, si on y avait vu une substitution prohibée, toute la disposition étant anéantie, les biens seraient passés aux héritiers légaux du testateur, en l'espèce, à son fils : c'était justement le résultat qu'il cherchait à éviter¹.

Dans une autre espèce, la testatrice était atteinte d'une maladie mortelle au moment où elle testait : elle instituait conjointement son oncle et sa tante ses légataires, avec clause que le survivant disposerait de sa succession comme bon lui semblerait. Après la mort d'un des bénéficiaires, tous les biens devaient donc se réunir sur la même tête. La testatrice ne pouvait forcément pas envisager le cas où l'un de ses légataires décèderait avant elle. La Cour de Caen décida que la disposition était valable, disant que chacun des légataires « devenait propriétaire par indivis de la chose léguée à l'instant même du décès de la testatrice : que si la testatrice a disposé que le survivant des deux profiterait du tout, elle n'a fait qu'exprimer une chose qui se serait opérée de plein droit ; car D. et son épouse étant conjointement institués légataires universels, le décès de l'un d'eux aurait fait passer le tout au survivant par droit d'accroissement ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cette décision². Dans

¹ Limoges, 3 janvier 1816, *S. C. N.*, 5, II, 89 ; Cass., 11 juin 1817, *S. C. N.*, 5, I, 329, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 219.

² Cass., 26 juillet 1808, *S. C. N.*, 2, I, 558.

cette espèce, la Cour de Caen semblait dire que l'accroissement aurait lieu, même au cas où les deux légataires auraient survécu à la testatrice. Il est vrai que, pour l'expliquer, elle recourait aussi à une idée d'indivision prolongée pendant toute la vie des légataires, qu'il est difficile d'admettre.

Cependant les Tribunaux ne considèrent pas toujours comme valables les dispositions que l'on pourrait interpréter comme contenant soit une substitution fidéicommissaire, soit un droit d'accroissement. Il y a un point certain, c'est que si le disposant a dit dans une donation qu'il y aurait accroissement entre les donataires, s'il y a accroissement, ce ne peut être qu'après que les donataires auront recueilli, ce qui constitue une substitution prohibée, à moins qu'il ne s'agisse d'une donation à cause de mort.

Il y a quelques arrêts qui, dans des cas cependant douteux, ont vu dans de semblables dispositions des substitutions fidéicommissaires. On peut citer, en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation du 26 décembre 1836¹. Une demoiselle avait institué ses deux sœurs ses héritières universelles, mais elle stipulait que si l'une d'elles venait à décéder, les biens passeraient à la survivante, auquel cas elle instituait celle-ci sa légataire universelle. Il a été jugé que cette disposition contenait une substitution fidéicommissaire et que, par suite, la légataire survivante ne pouvait recueillir la part de la légataire décédée, car celle-ci était morte après la testatrice. Comme le fait remarquer Laurent² la moitié

¹ Cass., 26 décembre 1836, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 218.

² Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XIV, n^o 431.

qui était échue à l'une des bénéficiaires ne pouvait passer à l'autre qu'à titre de substitution. Actuellement, il est probable que les tribunaux éviteraient avec soin le terme de substitution fidéicommissaire. En effet, le testament avait été fait en 1788, un partage était intervenu entre les deux sœurs en l'an VII; la Cour décida, par application de la loi du 14 novembre 1792, que les biens de la testatrice avaient été valablement partagés entre les deux légataires. C'est, en somme, le résultat auquel on aboutirait aujourd'hui en proclamant qu'il n'y a là qu'un droit d'accroissement, alors qu'en interprétant une telle disposition comme substitution fidéicommissaire, il faudrait conclure à sa nullité entière¹.

Mais si les termes du testament ne sont pas douteux et si les circonstances indiquent nettement que le testateur a voulu établir le droit d'accroissement lorsque les légataires auront déjà recueilli, c'est une véritable charge de conserver et de rendre qu'il leur impose et il y aura substitution prohibée. Ces substitutions ont été appelées parfois substitutions réciproques car deux personnes se trouvent grevées l'une envers l'autre, ou bien encore substitutions bilatérales; elles étaient connues du droit romain et de notre ancien droit qui les permettaient, mais elles tombent aujourd'hui sous le coup de l'article 896; aussi, lorsque les Tribunaux établissent que l'intention du testateur était de faire une substitution fidéicommissaire, ils annulent entièrement la disposition.

Ainsi un testateur avait institué héritiers « par égales

¹ Voir en ce sens : Rouen, 10 juin 1814; Cass., 4 décembre 1865, D., 1866, I, 38.

parts et portions » ses deux fils Jean et François, et il voulait que son entière hérédité fût recueillie par Jean au décès de François auquel il prohibait toute distraction de la quarte falcidie ou trébellianique (le testament était antérieur à la Révolution). Il a été décidé que le legs ne pouvait valoir comme substitution vulgaire, car il résultait clairement des termes du testament que cette éventualité ne devait se produire qu'après le décès du testateur; qu'il n'y avait pas lieu non plus à accroissement, parce que le testateur avait assigné la part de chacun des légataires¹.

Dans une autre espèce, le testateur avait légué une ferme à deux personnes « pour en jouir ensemble et hériter l'une de l'autre ». La Cour d'Orléans décida avec raison qu'il y avait là une substitution prohibée, bien que les légataires aient objecté que le défunt leur en avait légué seulement la jouissance commune et que la propriété était donnée conditionnellement au survivant².

Toutefois les arrêts qui voient une substitution prohibée dans une telle clause sont assez rares; la tendance générale est de valider le plus possible les dispositions testamentaires, et c'est l'interprétation dans le sens du droit d'accroissement qui domine.

Mais les Tribunaux ne pouvaient valider entièrement ces dispositions en s'appuyant seulement sur l'article 1044; ils ont considéré alors la clause d'accroissement comme une disposition conditionnelle. C'est ainsi que le Tribunal civil de la Seine, le 16 décembre 1858, n'a

¹ Pau, 15 mars 1826, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 113, 2^o.

² Orléans, 18 février 1829, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 113, 3^o.

pas voulu appliquer l'article 896 à une donation aux termes de laquelle un sieur de V. donnait aux trois enfants D. une rente sur l'Etat et un capital destiné à être employé en un autre titre de rente avec clause d'inaliénabilité jusqu'à leur mariage, voulant qu'en cas de décès de l'un d'eux, survenu avant son mariage, sa part fût acquise aux autres. Le droit d'accroissement ne pouvait avoir place ici puisqu'il s'agissait d'une donation. Qui plus est, les biens devaient aller aux derniers vivants, si l'un d'eux décédait non marié, que ce fût avant ou après la mort du donateur ! Le jugement disait : « Il résulte de l'ensemble dudit acte que de V. n'a entendu faire qu'une donation conditionnelle, en ce sens que les donataires ne seraient définitivement saisis de l'objet donné, qu'après leur mariage ; qu'ainsi expliqué, la clause ne présente point les caractères d'une substitution prohibée ; il suit de ce qui précède que les mentions insérées de rentes inscrites sous les noms de D. et relatives à l'incessibilité jusqu'à son mariage et au droit d'accroissement au profit de ses sœurs, doivent être maintenues. » Et par arrêt du 16 février 1859, la Cour de Paris confirma ce jugement¹.

Dans cette espèce, le Tribunal avait validé la disposition en supposant que le donateur avait fait une triple donation sous la condition suspensive que les bénéficiaires se marieraient, ceux-ci ne devant être saisis de la propriété de l'objet que le jour de leur mariage. On aurait pu aussi bien supposer que les bénéficiaires

¹ Paris, 16 février 1859, S., 1860, II, 186. — Dans le même sens voir Limoges, 27 février 1900, D., 1902, II, 281.

étaient saisis tout de suite, mais que la donation leur était faite sous la condition résolutoire qu'ils décèderaient sans se marier, auquel cas les survivants étaient donataires des mêmes biens sous condition suspensive.

D'autres décisions ont interprété une pareille clause comme une double disposition, l'une d'usufruit, l'autre de nue propriété sous condition suspensive. Il a été jugé ainsi au sujet d'un testament, dont nous avons déjà analysé une disposition comme contenant une substitution vulgaire, aux termes duquel un sieur Dabrin avait institué les mineurs Fontenillat ses légataires universels, avec clause que si quelques-uns d'entre eux décédaient en état de minorité ou non mariés avant cette époque, leur part accroîtrait aux autres; la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 19 juillet 1870 qui avait validé la disposition avec ces motifs : « Attendu que l'arrêt attaqué interprète et applique le testament litigieux en ce sens que le testateur a prévu deux hypothèses distinctes, savoir : celle où les quatre enfants Fontenillat parviendraient à leur majorité ou se marieraient avant cette époque et celle où l'un ou plusieurs d'entre eux décèderaient en minorité sans avoir contracté mariage; que dans le premier cas, il les a institués ses légataires universels en toute propriété; que dans le second, il a réduit celui ou ceux qui ne parviendraient pas à leur majorité à un simple legs d'usufruit et qu'il a donné aux survivants la part à laquelle auraient eu droit les prédécédés, faisant ainsi deux legs conditionnels, l'un d'usufruit, l'autre de propriété; attendu que cette interprétation n'est nullement contredite par les termes du

testament ; qu'il en résulte une double disposition, l'une embrassant tous les légataires institués avec assignation de part et droit éventuel d'accroissement, l'autre s'appliquant individuellement à chacun d'eux sous la condition qui y est apposée ; mais que dans tous les cas soit que la condition vienne à défaillir ou à se réaliser, les légataires recueilleront ou seront censés recueillir les biens légués, directement et immédiatement des mains du testateur, par l'effet d'une transmission unique et sans le secours d'aucun possesseur intermédiaire chargé de conserver et de rendre¹. » En note sous cet arrêt, M. Labbé remarque d'abord que le mot « accroissement » bien qu'employé par la loi seulement pour le cas où entre colégataires quelques-uns ne recueillent pas, n'est pas étymologiquement impropre à désigner le cas où « une acquisition nouvelle vient augmenter l'émolument d'une acquisition antérieure ». Mais notre Code n'employant le mot « accroissement » que dans un sens plus restreint, l'article 1044 ne pourrait empêcher l'application de l'article 896 dans les cas semblables à celui de notre arrêt.

Comme l'arrêt cité, M. Labbé conclut à la validité de l'acte. On comprend sans peine les motifs qui ont poussé le testateur à insérer une telle clause dans son testament : « Le légataire appelé en second rang a certainement été existant et capable au décès du testateur, le disposant a donc fait uniquement ce qu'il avait le droit de faire, la distribution de sa fortune sous des conditions diverses entre ceux de ses contemporains qui

¹ Cass., 19 mars 1873, *S.*, 1874, I, 5.

lui survivent... Le mot accroissement conduit à la pensée que le droit de celui qui meurt est résolu, effacé, et que celui qui le remplace est réputé avoir été rétroactivement propriétaire de tout ce qui lui échoit en définitive. Ce qui exclut l'idée d'une double transmission successive, ce qui offre l'image de deux legs conditionnels, alternatifs, parallèles, parfaitement valables. » Tout se ramène donc à savoir si, dans notre droit, ces legs conditionnels ne tombent pas sous le coup de l'article 896, ce que nous verrons plus loin.

D'ailleurs, ce qui vient d'être dit pour le droit d'accroissement peut l'être aussi pour la substitution vulgaire¹; un testateur pourrait étendre l'empire d'une telle substitution au delà de son décès en décomposant sa disposition en legs conditionnels, soit un legs d'usufruit au premier légataire avec double legs de la nue propriété sous condition suspensive au profit de celui-ci et du second, soit un legs sous condition résolutoire pour l'un et un legs sous condition suspensive pour l'autre. Et nous remarquerons ici qu'au fur et à mesure que se développe cette théorie du double legs conditionnel, les tribunaux de moins en moins recourent aux articles 898 et 1044 pour échapper à la prohibition des substitutions.

¹ Voir en ce sens : Cass., 10 novembre 1896, *D.*, 1899, I, 209; Nancy, 8 mars 1905, *D.*, 1905, II, 336.

CHAPITRE III

DE LA CLAUSE DE RETOUR

Pour sauver au moins l'institution, la jurisprudence eut encore recours à l'article 951. Cet article permet la stipulation d'une clause de retour pour le donateur au cas de prédécès du donataire, ou bien du donataire et de ses descendants. Pour éviter l'application de l'article 896 et la nullité de la disposition tout entière, il fallait pouvoir l'interpréter comme contenant une stipulation de retour au profit d'une autre personne que le disposant, ce qui est interdit sans doute par l'article 951, mais cette interdiction n'entraînera la nullité que de la clause de retour, de la substitution seule comme clause illicite suivant l'article 900, et laissera subsister l'institution.

Nous n'avons pas à nous occuper de l'hypothèse où c'est au profit du donateur que le retour est stipulé, puisque l'article 951 le permet. On ne pourrait jamais voir dans une telle clause une substitution, le donateur ne pouvant être tout à la fois, comme disent Thévenot et Demolombe, le substituant et le substitué, et se donner à lui-même sa propre chose.

Mais le disposant peut très bien avoir stipulé le

retour au profit de lui-même et de ses héritiers, ou bien au profit de ses héritiers seuls, ou bien encore au profit de lui-même et d'un tiers ou au profit de ce tiers seul. Nous avons à nous occuper de ces quatre situations qui peuvent fort bien contenir une substitution. Dans quels cas faudra-t-il appliquer l'article 900 et dans quels cas l'article 896 ?

Première hypothèse : le donateur a stipulé qu'en cas de décès du donataire, les biens donnés feraient retour à lui ou à ses héritiers.

Il est à remarquer tout d'abord que cette clause était très usitée dans notre ancien droit qui distinguait ce droit de retour de la substitution. On supposait même toujours que le donateur l'avait aussi stipulé pour ses héritiers, surtout lorsqu'il avait prévu le cas de prédécès du donataire et de ses descendants, auquel cas en effet il était peu probable que ce droit puisse être exercé par le disposant lui-même. Une pareille clause était souvent jointe à une substitution pour faire rentrer les biens dans la famille du disposant, si les substitués faisaient défaut. On évitait ainsi l'inconvénient de voir les biens rester dans la famille du grevé, qu'il n'avait pas été dans l'intention du donateur de gratifier.

Sur cette question, deux opinions sont en présence : la première voit dans une pareille disposition une substitution prohibée, l'autre une extension illicite de l'article 951.

La première est celle de Toullier, Grenier et Rolland de Villargues. Voici comment raisonnent ces auteurs et notamment Toullier : « Si le droit de retour, en cas de décès du donataire et de ses descendants, était stipulé

non seulement au profit du donateur, mais encore, et à son défaut, au profit de ses héritiers ou de tel autre particulier désigné, une pareille disposition contiendrait évidemment une véritable substitution conditionnelle, déguisée sous le nom de retour. Le mot seul est changé ; la substance de la chose reste. Je donne ou lègue à Paul, à condition que, s'il vient à décéder sans enfants ou avant tel âge, les biens donnés retourneront à mes héritiers ou à Pierre. On trouve ici cet ordre successif qui caractérise essentiellement les substitutions. Paul est appelé en premier ordre et les héritiers du donateur ou Pierre, en second. Paul est obligé de conserver les biens donnés pour les rendre à sa mort, si l'événement de la condition arrive. La propriété passe d'abord à Paul, puis aux seconds appelés. » Il est à remarquer que Toullier assimile le retour stipulé au profit du donateur et de ses héritiers à celui stipulé au profit du donateur et d'un tiers, ce qu'il y a lieu de distinguer. Mais ce n'est pas ce rapprochement qui a pu entraîner Toullier à émettre cette opinion, car Rolland de Villargues qui fait la distinction, l'adopte cependant entièrement. Ce dernier auteur se décide dans ce sens surtout pour des raisons pratiques, à cause de la longue incertitude qui planerait sur la propriété, surtout lorsque le retour est stipulé pour le cas de décès du donataire et de ses descendants. Mais il reconnaît que « dans la rigueur des principes, la donation avec clause de retour stipulée au profit des héritiers du disposant pour le cas de décès du donataire sans postérité, ne présente qu'une seule donation », c'est une donation sous condition résolutoire.

On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de Riom du 9 avril 1829¹. Cet arrêt porte sur une donation faite en 1787 par un père à sa fille au moment de son mariage, avec clause que les biens donnés feraient retour au père « ou à son héritier universel en cas de disposition ou à défaut aux cohéritiers de la future » si la donataire mourait sans enfants. La donataire meurt sans enfants en 1823 après le donateur. Le père n'ayant pas fait d'autres dispositions, c'étaient ses héritiers qui devaient recueillir les biens en vertu de la clause de retour. La Cour de Riom a jugé que l'on devait voir dans cette disposition une véritable substitution fidéicommissaire, « quels que soient les termes dans lesquels elle a été conçue. » Il est vrai que, par application de la loi du 14 novembre 1792, la disposition était valable au profit de la donataire seule².

La seconde opinion, plus généralement suivie par la jurisprudence, décide que si le donateur en stipulant le retour des biens pour lui-même, l'a aussi stipulé au profit de ses héritiers, il a simplement outrepassé le droit que lui donnait l'article 951. Par suite la disposition au profit des héritiers doit être considérée comme une condition illicite et conformément à l'article 900, elle doit être réputée non écrite ; mais elle seule sera annulée, l'institution sera parfaitement valable.

Cette opinion est soutenue par Troplong, Demolombe, Laurent, MM. Aubry et Rau. Cette clause, suivant tous ces auteurs, est une simple extension illicite de l'article 951. Il ne faut pas supposer que le dis-

¹ Riom, 9 avril 1829, *D. A.*, 7^e Substitution, n^o 200.

² Voir aussi : Bruxelles, 26 avril 1806, *S.*, 2, II, 139.

posant ait eu l'intention de faire une substitution et qu'il l'ait déguisée sous une clause de retour : « En effet, comme le dit Demolombe, les héritiers du donateur sont alors appelés non pas comme donataires en second ordre, mais comme héritiers, pour recueillir dans la succession de leur auteur et de son chef, soit la chose elle-même qui a été donnée, si le retour s'est accompli au profit de leur auteur, soit le droit éventuel de retour qui lui appartenait, s'il ne s'est pas accompli, droit qu'il leur a laissé dans sa succession comme tous ses autres biens ». Il résulte même de ce raisonnement que le droit de retour stipulé au profit des héritiers du disposant, serait ici parfaitement valable, comme il l'était d'ailleurs dans notre ancien droit qui le supposait même toujours stipulé pour le disposant et ses héritiers, si l'article 951 ne le prohibait pas. Il n'y a là, comme le fait remarquer Laurent, qu'une condition résolutoire, qui, en se réalisant, fait rentrer les biens donnés dans le patrimoine du disposant, de telle sorte que ces biens sont censés n'en être jamais sortis. Par une stipulation de retour au profit du donateur et de ses héritiers, on tombera sous le coup de l'article 951 et si l'on avait fait la donation sous condition résolutoire, on obtiendrait le même résultat sans encourir la nullité.

Les tribunaux adoptent généralement cette seconde opinion. Ainsi la Cour de Bordeaux le 22 juin 1835, et la Cour de cassation, le 8 juin 1836¹, ont maintenu

¹ Bordeaux, 22 juin 1835, S., 1835, II, 523; Cass., 8 juin 1836, S., 1836, I, 463.

une donation faite par contrat de mariage avec clause que si la donataire mourait sans enfants, les biens feraient retour soit aux donateurs, soit à leurs héritiers, mais ont annulé la clause de retour stipulée en faveur des héritiers. La Cour de Bordeaux décide « que ces mots : soit à leurs héritiers, contiennent une extension du droit de retour contraire à la loi ; que cette clause doit être réputée non écrite, mais que la donation n'en est pas moins valide¹. »

Supposons maintenant, et c'est notre seconde hypothèse, que le disposant, en gratifiant un tiers, ait réservé au profit de ses héritiers seuls un droit de retour sur les biens donnés. La même question se pose. Appliquera-t-on les articles 951 et 900, ou bien l'article 896 ?

D'après une première opinion, cette clause seule doit être annulée suivant l'article 951. Demante applique cette idée, qu'il s'agisse d'une donation entre vifs ou d'un testament. « Ce qui, dans ma pensée, dit-il, distingue le retour de la substitution, c'est que le retour tend uniquement à ramener les biens dans le patrimoine dont ils auraient dû faire partie. Toutes les fois donc qu'une disposition entre vifs ou testamentaire, de quelque manière qu'elle soit qualifiée, imposera la charge éventuelle de conserver et de rendre à la mort aux héritiers du disposant, je n'y verrai qu'un retour dont la réserve ne me paraîtrait pas plus permise dans un legs que dans une donation, mais je n'annulerai pas

¹ Voir aussi : Cass., 29 juillet 1867, *D.*, 1868, I, 87 ; Bastia, 8 juillet 1863, *D.*, 1868, I, 124 ; Bastia, 11 mai 1880, et Cass., 9 mai 1883, *D.*, 1883, I, 469.

le don ou legs frappé de cette réserve, parce que, selon moi, l'article 896 ne sera pas applicable. » Laurent est du même avis : « Il n'y a pas de substitution, dit-il, c'est une clause de retour que la loi défend et qui tombe sous l'application de l'article 900. » Ce droit de retour n'est qu'une condition résolutoire qui, se réalisant, fait revenir les biens donnés dans le patrimoine du donateur. Par suite de la résolution il n'y aura pas eu d'institué ; et il n'y a pas non plus de substitués car les héritiers seraient propriétaires des biens en vertu de la résolution, quand même il n'y aurait eu aucune stipulation à leur profit. La clause serait donc parfaitement valable, si l'article 951 ne la prohibait pas. On ne peut pas considérer cette clause comme une substitution, l'article 900 seul devant être appliqué¹.

Rolland de Villargues raisonne à peu près comme Laurent ; pour lui le retour stipulé au profit des héritiers ne présente pas rigoureusement les caractères d'une substitution prohibée ; il n'y a qu'une donation *ad certum tempus* qui doit être résolue si l'événement prévu arrive. Mais il conclut cependant que c'est une substitution, parce qu'elle « offre les mêmes résultats qu'une véritable substitution et pourrait devenir un moyen d'éluder la prohibition de la loi ».

Signalons en passant une opinion, soutenue notamment par M. Duvergier, qui distingue : la clause de retour est-elle insérée dans un testament, il y a substitution prohibée suivant l'article 896 ; est-elle insérée dans une donation entre vifs, il n'y aurait là qu'une

¹ Voir en ce sens : MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et Testaments*, t. II, n° 3156.

condition illicite dans les termes de l'article 900. Nous ne voyons pas très bien l'hypothèse d'un donateur stipulant le retour au profit de ses héritiers et ne le stipulant pas pour lui. Il est vrai que le donateur a pu penser qu'il ne vivrait pas longtemps, mais les événements peuvent déjouer ses prévisions : qu'arrivera-t-il si le donataire décède avant lui ? Faudra-t-il supposer que le retour a été aussi stipulé en sa faveur et alors on retombera dans la première hypothèse ? Ou bien faudra-t-il simplement considérer comme nulle la clause de retour, auquel cas les biens resteront aux héritiers du légataire, ce qui ne sera probablement pas le résultat cherché par le disposant ?

Une dernière opinion ne fait pas de distinction et voit toujours dans la clause de retour stipulée au profit des héritiers une substitution prohibée.

Demolombe soutient cette opinion. Il argumente de ce que, d'après l'article 951, le droit de retour dans notre droit est permis non pas pour faire rentrer les biens dans la famille d'où ils sont sortis, mais pour que le donateur n'ait pas le chagrin de voir de son vivant les biens par lui donnés, passer, par suite de l'ouverture de la succession du donataire, à des personnes qu'il n'avait peut-être pas voulu gratifier. C'est pour cela que le droit de retour est strictement personnel au donateur.

D'autre part, pour que l'on puisse stipuler le retour des biens donnés au profit de certaines personnes, il est nécessaire, semble-t-il, que ces biens aient appartenu à ces personnes. Mais les biens n'ont jamais appartenu aux héritiers en faveur desquels est stipulé

le retour ; bien plus ils en ont été dépouillés par le testament et n'ont jamais eu aucun droit à l'objet légué. Ils ne peuvent donc recueillir que comme donataires en second ordre, comme substitués.

Laurent proteste contre cette assimilation du retour à la substitution : « Une donation, dit-il, faite avec clause de retour n'est pas une donation pure et simple ; elle transmet, à la vérité, la propriété au donataire, mais sous condition résolutoire ; donc, quand la condition du décès sans enfants se réalise, la donation est résolue. Les biens reviennent au donateur ou à ses héritiers. » MM. Aubry et Rau lui répondent que « la nature même des choses s'oppose à ce que cette clause soit stipulée au profit d'autres personnes que du donateur lui-même ; car on ne conçoit pas que des biens retournent à une personne qui n'en était pas propriétaire au moment de la disposition ». Réservé au profit d'autres personnes que le disposant, même si ces personnes sont ses héritiers, le droit de retour ne peut être qu'une substitution à laquelle on a donné un autre nom.

La jurisprudence considère la clause de retour au profit des héritiers comme une substitution, quels que soient les termes employés, que le retour soit stipulé pour les héritiers, ou bien pour ces mêmes héritiers tous désignés par leur nom, qu'il soit dit seulement que les biens retourneraient dans la succession du testateur, que le mot de retour lui-même y soit ou non¹.

¹ Voir en ce sens : Cass., 16 juillet 1807, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 203, 1^o ; Cass., 22 juin 1812, *D. A.*, v^o substitution, n^o 203, 4^o ; Limoges, 18 décembre 1821, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 203, 4^o ;

Si l'on veut voir dans ces dispositions des substitutions prohibées, on obtient un résultat assez remarquable : en appliquant les articles 951 et 900, on fait sortir les biens de la famille du disposant pour les fixer dans la famille du bénéficiaire ; en appliquant l'article 896, on fait rentrer les biens dans la succession du testateur ; en définitive, ce sont les héritiers qui en jouiront.

Mais que les Tribunaux appliquent les articles 951 et 900, ou qu'ils décident que la stipulation du retour en faveur des héritiers est une substitution, on se demande à quoi servent toutes ces discussions, si par une simple libéralité sous condition résolutoire le donateur arrive au même but ; or, la disposition sous condition résolutoire est parfaitement permise. Cette condition, dans une donation, équivaut en somme à une clause de retour au profit du disposant et de ses héritiers ; si le donataire meurt avant le donateur, c'est celui-ci qui profitera de la résolution ; s'il meurt après le donateur, ce seront ses héritiers ; et dans un legs, cette condition résolutoire équivaudra à une stipulation de retour au profit des héritiers seuls, la résolution devant faire rentrer les biens dans la succession du testateur, et ces biens reviendront aux héritiers. « Ainsi,

Nîmes, 4 avril 1827, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 203, 5^o ; Cass., 30 mars 1829, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 203, 3^o ; Amiens, 25 février 1837, *D. A.*, v^o Minorité, n^o 301, 3^o, *S.*, 1837, II, 478 ; Cass., 21 juin 1841, *S.*, 1841, I, 603 ; Cass., 8 février 1854, *S.*, 1854, I, 694 ; Cass., 11 décembre 1860, *D.*, 1861, I, 25 ; Rennes, 1^{er} mai 1860, *D.*, 1861, II, 85 ; Cass., 5 mars 1866, *D.*, 1866, I, 123 ; Amiens, 7 décembre 1868, *D.*, 1869, II, 59 ; Angers, 24 novembre 1871, *D.*, 1872, II, 208 ; Cass., 3 décembre 1903, *D.*, 1904, I, 182.

dit Laurent, ce que l'on ne peut pas faire sous le nom de droit de retour, on peut le faire sous forme de condition résolutoire. »

Aussi, certains auteurs et notamment Rolland de Villargues sont d'avis que la disposition ainsi conçue : « Je lègue à Titius telle chose et, s'il vient à mourir sans enfants ni descendants, le legs sera résolu » est aussi une substitution. C'est à ce résultat qu'il faut aboutir, si l'on ne veut pas que la condition résolutoire rende sans effet l'article 951, mais ce n'est pas la solution qui a été acceptée par la jurisprudence qui, de plus en plus, reconnaît la validité des legs conditionnels.

Restent à examiner deux cas, dans lesquels le disposant ne s'est pas contenté de stipuler le retour pour ses héritiers, mais l'a stipulé pour un tiers qu'il désigne, que ce soit un de ses héritiers qu'il veut plus favoriser que les autres, ou que ce soit un étranger auquel il a fait un don, un legs particulier ou même universel. Le disposant a pu procéder suivant l'un des deux modes que nous avons déjà vus ; il a stipulé pour lui et le tiers, ou il a stipulé pour le tiers seul.

Examinons d'abord le premier cas : le disposant a stipulé le retour pour lui-même et le tiers ; là encore les avis sont partagés. Quelques auteurs, entre autres MM. Aubry et Rau, assimilent ce cas à celui où le testateur a stipulé pour lui et ses héritiers ; ils traitent même les deux hypothèses en même temps. Il faudrait, suivant cette opinion, n'annuler que la seconde disposition comme dépassant ce qui est permis par l'article 951 : « Le donateur, disent MM. Aubry et Rau, a pu sérieusement vouloir stipuler un droit de retour à

son profit, et par cela même qu'il a usé de la faculté que la loi lui donnait à cet égard, il n'est plus possible de dire qu'il n'ait eu d'autre intention que de déguiser une véritable substitution sous une clause de retour. » Le donateur a seulement étendu à d'autres personnes un bénéfice qui devait lui être personnel. Il ne faut pas en tirer la nullité de la disposition tout entière : *Utile per inutile non vitiatur*¹.

La jurisprudence semble avoir adopté cette opinion. On peut citer en ce sens les arrêts Saint-Arroman. Un père avait fait donation à son fils aîné du quart de tous ses biens présents et à venir ; mais il en réservait le retour pour lui ou son fils puîné, si le donataire n'avait point d'enfants ou si ses enfants décédaient en minorité. Il est bon de remarquer que ce n'est pas là un retour stipulé au profit du donateur et de son héritier, car il y avait d'autres frères et sœurs ; par suite, le fils puîné était plutôt dans la situation d'un tiers que d'un héritier. La Cour de Toulouse, le 10 août 1820, avait appliqué purement et simplement l'article 896, mais la Cour de cassation annula cet arrêt, disant qu'il fallait seulement considérer comme non écrite la stipulation du retour au profit du fils puîné, l'article 951 permettant la stipulation du retour au profit du donateur, et l'interdisant seulement pour d'autres personnes². Un arrêt de la Cour de Montpellier du 25 avril 1844,

¹ Voir en ce sens ; Duranton, *Cours de Droit français*, t. VIII, nos 93 et 487.

² Cass., 3 juin 1823, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 204, *S. C. N.*, 7, 1, 357 et Bordeaux, 3 mars 1824, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 204, *S. C. N.*, 7, II, 325.

décide : « que si la clause par laquelle un donateur stipule le droit de retour des objets donnés au profit d'un tiers, peut être d'une manière générale assimilée à la substitution prohibée par l'article 896 du Code civil, puisqu'elle emporte l'obligation de conserver et de rendre, il ne s'ensuit pas que lorsqu'elle est jointe à un droit de retour régulièrement stipulé au profit du donateur, elle puisse imprimer le caractère d'une substitution prohibée à la disposition tout entière et la frapper dans son ensemble¹ ».

D'après une seconde opinion, ce droit de retour, stipulé au profit d'un tiers en même temps qu'au profit du donateur, constitue une véritable substitution prohibée, à laquelle il faut appliquer l'article 896. C'est l'opinion de Toullier, comme nous l'avons déjà vu plus haut à propos de la clause de retour stipulée au profit du donateur et de ses héritiers, car il ne distingue pas les deux hypothèses². Rolland de Villargues a aussi vu dans cette clause une substitution prohibée et a protesté vivement contre l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Saint-Arroman rapportée plus haut³. Coin-Delisle se prononce aussi pour la nullité de la donation tout entière. Il distingue avec soin notre cas et celui où le retour est stipulé pour le donateur et ses héritiers. Les termes de l'article 951 « ne constituent pas, dit-il, une défense d'appeler au retour tout autre que le donateur, mais contiennent

¹ Montpellier, 25 avril 1844, S., 1845, II, 7, D., 1845, II, 36.

² Toullier, t. III, n° 48 et 287.

³ Voir la note de Rolland de Villargues, sous Cass., 3 juin 1823, S. C. N., 7, I, 357.

l'abrogation de l'ancienne jurisprudence qui rendait la réversion commune aux héritiers du donateur, permettait de les appeler expressément et les supposait même appelés en certains cas en vertu du droit commun. Le retour ou la réversion ne peut avoir lieu au profit d'un tiers, car, ce tiers n'a jamais été propriétaire... Par conséquent, la défense de stipuler le retour au profit d'une tierce personne à défaut du donateur, résulte de l'article 896 et cette stipulation doit annuler la donation, au lieu que la défense d'appeler les héritiers du donateur à profiter du retour, s'il décède avant son ouverture, ne résulte que de l'article 951⁴ ».

La jurisprudence ne semble pas favorable à cette opinion. D'ailleurs les arrêts se rapportant à la clause de retour stipulée au profit du donateur et d'un tiers sont assez rares, les donateurs n'insérant pas fréquemment sans doute cette clause dans leurs dispositions. Il arrive plus souvent que le disposant stipule le droit de retour seulement au profit d'un tiers.

Il va sans dire que si certains auteurs considèrent la clause de retour au profit du donateur et d'un tiers comme contenant une substitution, à plus forte raison doit-on en voir une dans un droit de retour stipulé seulement en faveur d'un tiers, ce tiers fut-il légataire ou donataire universel du disposant. Les auteurs et les tribunaux le reconnaissent presque unanimement.

On ne peut dire que le disposant a contrevenu seulement à l'article 951 et qu'il y a lieu d'annuler la clause de retour au profit du tiers. Il n'y a là que le nom

⁴ Coin-Delisle, *Des Donations et Testaments*, article 951, n° 28.

de retour : « Jamais le droit de retour n'a existé ni pu exister d'aucune façon au profit d'un tiers, dit Demolombe. La clause de retour est une condition résolutoire dont le but et le résultat est d'opérer la résolution de la donation pour le cas de prédécès du donataire et par suite de faire retourner le bien au donateur qui ne s'en était dessaisi que sous cette condition. » La condition se réalisant, le donateur est censé avoir toujours été propriétaire. On ne peut en dire autant du tiers. Il ne l'a jamais été, et il ne le sera pour la première fois que le jour où il exercera le droit de retour stipulé en sa faveur et par conséquent seulement au décès du premier donataire. Le mot *retour* est absolument impropre, et il n'y a pas autre chose ici qu'une substitution des mieux caractérisées, le tiers au profit duquel devrait s'opérer le retour n'étant qu'un donataire en second ordre : « En réalité, ajoutent MM. Aubry et Rau, le disposant s'est, quant à sa personne, dessaisi purement et simplement des biens donnés, en faisant, en faveur du tiers désigné, une disposition éventuelle en second ordre¹ ».

Comme le remarquent ces derniers auteurs et Demolombe, il serait trop facile d'échapper à la prohibition de l'article 896, s'il suffisait simplement d'employer le mot *retour*².

La jurisprudence est dans ce sens. On peut citer un

¹ Voir aussi : MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, n° 3155.

² Voir Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, V° Substitution, sect. VIII, n° 10; Coin-Delisle, *Des Donations et Testaments*, art. 951, n° 23 et 28.

arrêt de la Cour de Cassation du 18 avril 1842¹, rejetant le pourvoi introduit contre un arrêt de la Cour de Montpellier du 24 mars 1841 qui décidait : « que la clause du testament par laquelle Naamar Calmels a déclaré qu'Amant Calmels, son frère, hériterait de sa succession, en ajoutant : « Le tiers de mon héritage, s'il vient à mourir sans enfants, retournera à mes deux nièces Issaly... » présente tous les caractères d'une substitution prohibée; qu'en effet on y trouve l'ordre successif et le trait de temps : Amant Calmels est appelé au premier degré, les filles Issaly au deuxième; il est tenu de conserver et de rendre si l'événement de la condition a lieu; enfin, par l'effet de ce legs, la propriété réside d'abord sur la tête du grevé et passe ensuite aux appelées; que toutes ces clauses caractérisent essentiellement une substitution prohibée² ».

Cependant Duranton est d'avis que même le cas de retour stipulé uniquement au profit d'un tiers n'est pas une substitution fidéicommissaire, qu'il faudra appliquer non l'article 896 mais les articles 951 et 900 et par suite annuler simplement la clause de retour et non l'institution. Il approuve l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 juin 1823 que nous avons rapporté plus haut, bien qu'il ait trait à un cas où la clause de retour était stipulée au profit du donateur et d'un tiers, mais il critique

¹ Cass., 18 avril 1842, *D. A.*, v° Substitution, n° 259, *S.*, 1842, I, 525.

² Voir aussi : Cass., 22 juin 1812, *D. A.*, v° Substitution, n° 203, 20, *S.*, 4, I, 129; Nîmes, 4 avril 1827, *D. A.*, v° Substitution, n° 203, 50; Cass., 22 janvier 1839, *S.*, 1839, I, 193, *D. A.*, v° Substitution, n° 203, 7° et n° 30; Toulouse, 30 juin 1840, *D.*, v° Substitution, n° 203, 8.

un autre arrêt de la même Cour du 22 juin 1812¹ qui avait vu une substitution prohibée dans un cas où le retour était stipulé pour le tiers seul².

Mais ce qu'il ne peut faire sans encourir la nullité de l'article 896 en stipulant le droit de retour au profit d'un tiers, le disposant va pouvoir le réaliser par un autre moyen. Il pourra faire, comme le remarque Laurent, une libéralité à Primus avec stipulation qu'au cas de mort de Primus sans enfants la libéralité serait résolue et considérée comme non avenue, et que, dans ce cas, il lègue les mêmes biens à Secundus. Celui-ci sera censé les avoir reçus dès le principe, dès la mort du testateur; il n'y aura pas de substitution, mais simplement deux dispositions sous condition inverse, qui seront parfaitement valables, comme nous le verrons plus loin. Ainsi, par un détour, on pourrait accomplir ce que l'on ne peut faire directement : tout dépendrait d'une question de mots, de l'emploi ou non emploi du terme de « retour ».

¹ Cass., 22 juin 1812, *S. C. N.*, 4, I, 129.

² Duranton, *Cours de Droit civil*, t. VIII, n° 93.

APPENDICE

DE LA CLAUSE D'INALIÉNABILITÉ ET DE LA CLAUSE D'ABANDON DE LA SUBSTITUTION

On a encore employé d'autres moyens pour sauver au moins l'institution, et éviter la nullité totale de la disposition édictée par l'article 896, mais ils n'ont pas une importance aussi grande et n'ont pas été employés aussi fréquemment que ceux étudiés jusqu'ici.

Les tribunaux se sont parfois servis de la théorie que la jurisprudence a élaborée depuis 1842 sur l'inaliénabilité stipulée dans les libéralités, pour annuler seulement le legs ou la donation au profit de l'appelé et conserver la libéralité faite au grevé, en considérant la disposition comme contenant une clause d'inaliénabilité illicite, ce qui la fait tomber seulement sous le coup de l'article 900, ou bien même comme contenant une clause d'inaliénabilité admise par la jurisprudence.

D'autre part, il arrive souvent que les testateurs ou les donateurs en établissant une substitution ou craignant que leur disposition ne soit attaquée comme telle, veulent que tout au moins une des deux dispositions soit valable ; pour cela ils annulent eux-mêmes l'autre libéralité au cas où quelque litige s'élèverait à ce sujet, ou bien même ils annulent complètement toute la disposition et la remplacent par une autre.

Ce sont ces deux procédés que nous allons étudier maintenant.

§ 1. **Clause d'inaliénabilité.** — Souvent les disposants, en constituant une substitution, analysent en quelque sorte leur pensée et décident que l'immeuble ou les biens substitués seront inaliénables ou bien « incessibles et insaisissables ». Il va sans dire que si cette inaliénabilité est stipulée au profit d'un tiers qui se trouve être appelé en seconde ligne pour recueillir les biens après l'institué, ce n'est pas sous le coup de l'article 900 que la disposition tombera, mais c'est l'article 896 qui sera appliqué, car il y a là une véritable substitution prohibée¹. Mais dans quelles circonstances pourra-t-on appliquer l'article 900 ?

Depuis un arrêt de la cour d'Angers du 29 juin 1842², la jurisprudence qui jusque-là avait considéré comme illicite et par conséquent annulé la clause d'inaliénabilité³, la reconnaît valable dans certaines circonstances.

Les tribunaux considèrent toujours comme nulle la clause d'inaliénabilité, lorsque celle-ci est perpétuelle⁴. Mais, pour des raisons de convenances pratiques, parce qu'en somme les inconvénients entraînés par l'inalié-

¹ Voir MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, n^{os} 3126 et suiv.

² Angers, 29 juin 1842, *D.*, 1842, II, 218.

³ Voir Lyon, 7 avril 1835 et Paris, 11 mars 1836, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 179.

⁴ Cass., 19 mars 1877, *D.*, 1879, I, 455, *S.*, 1877, I, 203; Cass., 8 novembre 1897, *D.*, 1898, I, 91; Paris, 26 juillet 1898, *D.*, 1899, II, 24.

nabilité étaient peu de chose en face des avantages qu'on pouvait en retirer, les tribunaux ont admis que la clause d'inaliénabilité, lorsqu'elle était seulement temporaire, ne tombait pas sous le coup de l'article 900 et était parfaitement valable, bien qu'on ne put s'appuyer sur aucun texte pour l'admettre. Et cette validité était reconnue, soit que l'inaliénabilité ait été stipulée en faveur du disposant qui s'était réservé un droit d'usufruit et de retour, soit qu'elle ait été établie pour conserver les biens entre les mains du donataire ou du légataire lui-même et le protéger ainsi contre son inexpérience, soit enfin qu'elle ait été édictée dans l'intérêt d'un tiers, par exemple pour assurer le service d'une rente constituée à son profit par le disposant¹.

Il va sans dire que si la clause d'inaliénabilité est stipulée seulement en faveur du légataire ou donataire, il ne peut pas être question de substitution fidéicommissaire, puisqu'il n'y a pas de substitué. Il y a cependant une difficulté. Que décider, si le disposant avait ajouté à sa disposition une clause pénale, s'il avait stipulé, par exemple, qu'au cas où le gratifié ne respecterait pas la clause d'inaliénabilité, il devrait payer à un tiers une somme d'argent? Demolombe qui examine cette question décide que « cette clause pénale ne saurait avoir pour résultat d'imprimer le caractère de substitution à une défense d'aliéner, qui, dans les termes absolus où nous supposons qu'elle est établie, n'implique la vocation d'aucun substitué qui soit appelé à en profi-

¹ Voir Cass., 20 avril 1858, *D.*, 1858, I, 154, *S.*, 1858, I, 589; Cass., 22 juillet 1896, *D.*, 1898, I, 17; Cass., 11 juillet 1877, *D.*, 1878, I, 62; Cass., 12 juillet 1865, *D.*, 1865, I, 475, *S.*, 1865, I, 342.

ter¹ ». En effet, une pareille clause n'implique pas du tout que le tiers ait un intérêt quelconque à ce que les biens soient inaliénables et encore moins qu'il soit institué en seconde ligne pour recueillir ces biens après le bénéficiaire de la disposition. Troplong est du même avis, mais comme il ne reconnaît pas la validité de la clause d'inaliénabilité, il est amené à annuler aussi la clause pénale².

Il n'y aura pas de doute non plus lorsque l'inaliénabilité aura été stipulée dans l'intérêt du donateur lui-même, car cela ne peut avoir d'autre but que de lui assurer un droit d'usufruit ou un droit de retour, et, dans ces deux cas, il ne pourra être regardé comme un substitué.

La question se pose seulement lorsque l'inaliénabilité est stipulée en faveur d'un tiers, et encore ne faudra-t-il pas que ce soit pour lui garantir un usufruit ou une rente, auquel cas la clause d'inaliénabilité ne tombera même pas sous le coup de l'article 900. Il faudra que le tiers soit gratifié en seconde ligne, qu'il soit un substitué. « Lorsque la prohibition d'aliéner, disent MM. Aubry et Rau³, est imposée dans l'intérêt de certaines personnes auxquelles les biens qui en forment l'objet doivent revenir d'après la teneur même de la disposition, elle équivaut évidemment à la charge de conserver et de rendre. » Il y a alors substitution⁴.

¹ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, n° 147.

² Voir en ce sens : Paris, 11 mai 1852, rapporté par Troplong, *Commentaire du titre des donations et des testaments*, t. I, n° 136.

³ MM. Aubry et Rau, *Droit civil*, t. VII, § 694, note 21.

⁴ Voir en ce sens : Delvincourt, t. II, sur la page 103, n° 7; Cass., 24 avril 1860, S., 1860, I, 514; Cass., 8 février 1869, S., 1869, I, 355.

Il n'y a pas de doute à avoir quand la seconde libéralité au profit du tiers est clairement exprimée dans le testament ou la donation. La question sera plus difficile à résoudre lorsque les termes de la disposition seront obscurs. La simple prohibition d'aliéner au préjudice de certaines personnes devra-t-elle être interprétée comme appelant ces personnes à recueillir les biens après le gratifié ? « L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, disent MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*), dans le cas où la défense d'aliéner a été imposée au donataire ou légataire dans l'intérêt de ses héritiers, puisque, par l'effet de cette défense, ces derniers recueilleront nécessairement les biens donnés ou légués dans la succession de leur auteur. » Il faudrait décider de même au cas où la défense d'aliéner est stipulée au profit des héritiers du disposant. Demolombe voit aussi une substitution dans ces deux cas¹.

Plusieurs arrêts sont en ce sens. Ainsi, la Cour de Cassation, le 7 mai 1862², a décidé qu'il y avait substitution prohibée dans la clause suivante : « Je donne la jouissance et propriété de tous mes biens indivis à ma sœur Florence, veuve de M. le comte de Carbonnel, sous la condition de ne les jamais vendre ni aliéner et de n'en pouvoir disposer qu'en faveur de mes neveux et nièces A. C. et E. de la Conté, après bien entendu leur père et ma sœur Hélène de la Conté, qui devront en avoir la jouissance comme héritiers plus directs. » La Cour de Caen avait dit, dans un arrêt du 5 décembre 1860 « que les termes du testament révé-

¹ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, n° 149.

² Cass., 7 mai 1862, S., 1862, I. 462.

lent, avec une évidence telle qu'aucun doute sérieux n'est possible, que la testatrice a voulu que les biens par elle légués fussent conservés par la légataire et rendus, au décès de celle-ci, aux enfants de G.-F. de la Conté, son frère, pour la nue propriété et pour l'usufruit audit G.-F. de la Conté et à Hélène F. de la Conté, sa sœur ». Tout cela découlait de la prohibition d'aliéner.

On peut citer dans le même sens un arrêt de la Cour de Cassation du 27 mars 1889¹, qui a vu aussi une substitution dans un testament aux termes duquel une testatrice léguait un immeuble à une personne et à sa famille et interdisait au légataire de vendre et d'engager cet immeuble. Il résultait de cette dernière clause que la testatrice avait imposé au légataire la charge de conserver et de rendre à sa famille.²

Mais parfois les tribunaux profitèrent de ce que les termes de la disposition n'étaient pas clairs pour voir dans le testament ou la donation une simple clause d'inaliénabilité ne tombant pas sous le coup de l'article 896. Si on reconnaissait dans la disposition une clause d'inaliénabilité perpétuelle, celle-ci étant illicite, on l'annulait, c'est-à-dire on annulait la libéralité faite au profit des appelés, conformément à l'article 900, et même si on parvenait à n'y voir qu'une clause d'inaliénabilité temporaire, on ne l'annulait pas.

C'est ainsi que la Cour d'Alger, le 20 janvier 1879³,

¹ Cass., 27 mars 1889, *D.*, 1890, I, 254.

² Voir en ce sens Besançon, 29 juin 1892, *D.*, 1893, II, 285; Cass., 30 novembre 1853, *S.*, 1854, I, 27; Cass., 10 février 1891, *S.*, 1891, I, 105; Cass., 27 juin 1894, *S.*, 1898, I, 501.

³ Alger, 20 janvier 1879, *D.*, 1879, II, 143, *S.*, 1879, II, 71.

décida qu'il n'y avait pas une substitution, mais seulement une clause d'inaliénabilité nulle suivant l'article 900 dans la disposition suivante. Un testateur nommait son neveu son légataire universel, avec obligation de placer solidement le capital et les revenus (il nommait un exécuteur testamentaire pour y veiller) et de n'y pas toucher jusqu'à ce que le plus jeune de ses enfants ait atteint l'âge de vingt-cinq ans : « Je fixe l'âge de vingt-cinq ans, ajoutait-il, pour qu'au besoin les enfants soient en état de se garantir de tous détournements. » Il y avait une sorte de substitution fidéicommissaire dans cette disposition, l'inaliénabilité ayant été édictée dans l'intérêt des enfants du légataire qui devaient nécessairement recueillir les biens à la mort de leur père. La Cour d'Alger l'a soupçonné. « Si cette clause, dit-elle, n'est pas l'effet du calcul d'un testateur qui cherche à se survivre pour thésauriser au delà de la tombe, elle constitue une combinaison destinée à masquer une substitution dans l'intérêt des enfants du légataire universel. » Mais comme elle voulait donner effet au testament, elle aima mieux annuler la clause d'inaliénabilité conformément à l'article 900, disant que dans ce testament on ne trouvait aucune des circonstances nécessaires pour le maintien de cette clause; qu'elle n'avait été édictée ni dans l'intérêt du testateur, ni dans celui d'autres gratifiés, pas même dans celui du légataire.

La Cour de Grenoble est même allée plus loin et a maintenu la clause d'inaliénabilité. Une dame Arnaud après avoir légué à son fils divers immeubles avec clause d'incessibilité et d'insaisissabilité, ajoutait : « Si

Auguste ne laisse pas d'enfants, il laissera tout ce que je viens de lui donner à sa sœur Marie ou à une de ses filles. » Ce legs, il est vrai, était reconnu valable comme contenant un double legs conditionnel que la jurisprudence distingue des substitutions prohibées, comme nous le verrons plus loin. Quant à la clause d'inaliénabilité, voici comment la Cour de Grenoble l'interpréta, et après elle la Cour de Cassation : « La testatrice, en stipulant l'incessibilité et l'insaisissabilité des immeubles légués avait entendu uniquement assurer, par ce moyen, un asile à Auguste, sa vie durant. » On aurait pu aussi bien l'interpréter comme une conséquence du second legs à la sœur de l'institué et à une de ses filles¹.

La clause par laquelle le disposant défend au gratifié d'aliéner en dehors de la famille, a donné lieu aussi à quelques difficultés. Dans notre ancien droit, on considérait cette clause comme constituant une substitution fidéicommissaire. Ainsi Thévenot disait : « S'il est dit : je défends d'aliéner hors de la famille, il y a fidéi-commis au profit de la famille. » Mais nous savons que les substitutions fidéicommissaires étaient vues avec faveur dans notre ancien droit, et qu'on leur assimilait diverses dispositions qui cependant en étaient bien différentes. Il va sans dire que cette opinion de nos anciens auteurs ne doit être admise que sous toutes réserves dans notre droit actuel, puisqu'il prohibe les substitutions. Malgré cela M. Pilon² s'appuyant sur les commentateurs de nos anciennes coutumes, voit dans

¹ Cass., 20 juin 1904, S. 1906, I, 81. Voir également Rouen, 2 février 1870. D., 1871, II, 43.

² M. Pilon, note sous Cass., 16 février 1903, S., 1903, I, 401.

cette clause une substitution prohibée, ne faisant aucune différence entre ce cas et celui où le testateur a défendu d'aliéner au préjudice d'un tiers : « La désignation des personnes gratifiées, dit-il, est globale au lieu d'être individuelle, voilà tout. » On doit appliquer l'article 900 lorsque la prohibition d'aliéner est pure et simple et l'article 896 lorsqu'elle est faite avec désignation de bénéficiaires de quelle manière que ce soit. Dans l'arrêt du 16 février 1903 qui a provoqué la dissertation de M. Pilon, la Cour de cassation avait jugé dans ce sens. Une testatrice léguait à cinq de ses nièces un immeuble, ajoutant : « A la condition expresse qu'il ne sera jamais vendu, je donne et lègue mon bien à mes cinq nièces à cette condition expresse qu'il revienne à mes petits-neveux et mes petites-nièces directement ; mon bien restera toujours dans ma famille. » La Cour décida qu'il y avait dans ce testament « non pas seulement une interdiction absolue et perpétuelle d'aliéner le bien légué, mais une substitution prohibée. »

Mais beaucoup d'auteurs soutiennent l'opinion contraire. Demolombe notamment¹ déclare que l'article 896 n'est pas applicable ici : « soit parce qu'il nous est impossible de voir là des tiers appelés, d'une manière suffisamment certaine, à profiter de cette défense, et qu'il n'y a pas, en conséquence, véritablement de substitué ; soit parce que, après tout, la défense d'aliéner hors de la famille n'est pas absolue et qu'elle n'emporte pas dès lors absolument la charge de conserver. » En

¹ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, n° 148.

effet le gratifié pourra disposer aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux dans le cercle de la famille; il n'y a pas prohibition absolue d'aliéner¹.

La disposition contenant une clause par laquelle le testateur ou le donateur défendrait au gratifié de disposer des biens légués ou donnés au profit d'une personne désignée, ne constituerait pas une substitution prohibée, parce que le légataire ou le donataire pourrait toujours disposer des biens au profit d'autres personnes. C'est ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de Cassation du 19 juin 1867² pour un testament dans lequel il était dit : « J'institue M. Lebourlier, mon oncle, mon héritier; en cas de mort de M. Lebourlier soit avant moi, soit après moi, je veux que la femme Lebourlier, son épouse, n'hérite en quoi que ce soit de ma fortune, n'importe en quoi. » Puis le testateur s'occupait de ses biens lorsqu'ils seraient parvenus par héritage entre les mains de ses cousines. La Cour de Cassation était d'avis « qu'une interdiction spéciale de disposer en faveur d'une personne déterminée prouve que, dans la pensée du testateur, le legs universel n'était pas grevé d'une substitution qui aurait eu pour effet nécessaire de rendre les biens donnés absolument indisponibles³ ».

On décide aussi qu'il n'y a pas de substitution dans la prohibition de disposer à titre gratuit, puisque le

¹ Voir en ce sens : Troplong, t. I, n° 135, MM. Aubry et Rau, § 694, note 23.

² Cass., 19 juin 1867, S., 1868, I, 20.

³ Voir en ce sens : Bruxelles, 31 janvier 1816, *D. A.*, v° Substitution, n° 51; Paris, 27 novembre 1877, *D.*, 1878, II, 188.

gratifié pourra toujours aliéner à titre onéreux, et à plus forte raison dans la prohibition de tester, puisque non seulement le gratifié pourra vendre et hypothéquer, mais encore donner entre vifs les biens qui lui ont été transmis.

§ 2. **Clause d'abandon de la substitution.** —

Il arrive fréquemment que le disposant, après avoir fait une substitution, ayant des doutes sur la clause qu'il vient d'écrire et craignant qu'elle ne soit annulée tout entière, ajoute, « dans le cas où cette disposition serait nulle comme contenant une substitution prohibée, je veux que l'institution soit considérée comme pure et simple » ; ou bien encore il dispose ainsi : « Je lègue tel immeuble à Primus pour revenir après lui à Secundus ; si cette clause est reconnue contenir une substitution prohibée, j'annule cette disposition et, dans ce cas je donne l'immeuble à Primus seul et une somme de... à Secundus. » Le disposant abandonne donc la substitution fidéicommissaire et la remplace par une autre disposition qui ne présentera pas le même vice.

Mais parfois le testateur ou le donateur sait parfaitement qu'il a fait une substitution prohibée, et il veut assurer son exécution ; pour y arriver il édicte une peine contre celui qui attaque le testament, il le prive de sa part dans la succession.

Quelle est la valeur de ces diverses clauses ? Duranton¹

¹ Duranton, *Cours de Droit français suivant le Code civil*, t. VIII, n° 94.

ne fait aucune distinction entre les divers cas. Il est d'avis qu'il faut toujours annuler entièrement la disposition comme contenant une substitution prohibée. La clause ajoutée par le testateur ou le donateur ne peut empêcher cette nullité ; c'est une clause pénale destinée à enlever tout intérêt aux héritiers de demander la nullité. C'est une manière indirecte d'assurer l'exécution de la substitution. Si les héritiers n'attaquent pas la disposition, elle vaudra comme substitution fidéicommissaire et, s'ils l'attaquent, elle se trouve par ce fait même annulée et remplacée par une autre qui leur enlève les mêmes biens, si ce n'est plus, comme dans le second et le troisième cas. Il faut donc annuler et la substitution et la clause accessoire, sinon « confirmer de pareilles dispositions ce serait assurer le succès aux substitutions prohibées ».

MM. Aubry et Rau¹ enseignent la même chose que Duranton. Ils disent que si l'on admettait cette clause, « on serait alors placé dans l'alternative soit de maintenir la disposition avec tous les effets attachés à une véritable substitution, contrairement à la prohibition de l'article 896, soit de réduire la double disposition faite par le testateur à une libéralité unique contrairement au vœu de ce dernier qui n'avait prescrit cette réduction que pour le cas où sa disposition serait attaquée. La difficulté à laquelle donnerait lieu la validité de la clause dont s'agit, en ce qui concerne le règlement des droits respectifs du substitué et du grevé, se

¹ MM. Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. VII, § 694, note 69.

compliquerait encore davantage s'il s'agissait de déterminer les droits des tiers qui auraient traité soit avec l'un, soit avec l'autre ».

Cependant ces auteurs admettent la validité de cette clause lorsque l'on peut établir que le disposant était de bonne foi, qu'il y a eu incertitude dans son esprit sur les caractères constitutifs de la substitution et qu'il n'avait pas du tout l'intention d'éluder la loi.

C'est qu'en réalité ces clauses se divisent en deux catégories. Les unes, qui sont de véritables clauses pénales, ont été édictées par le disposant uniquement pour empêcher ses héritiers d'attaquer son testament ou la donation, les autres, établies de bonne foi, sont faites pour atténuer autant que possible les inconvénients de l'annulation.

Mais il est difficile de trouver le critérium qui permettra de distinguer les premières des secondes.

Marcadé¹ croit l'avoir trouvé. Il distingue deux espèces de clauses. Dans la première, le testateur ou le donateur déclare seulement qu'il renonce à la charge de conserver et de rendre qu'il a imposée à son légataire ou donataire, au cas où la disposition serait nulle et qu'il change la libéralité faite au grevé en une institution pure et simple. Marcadé reconnaît la validité d'une pareille stipulation. Sans doute elle enlève aux héritiers du disposant tout intérêt à faire déclarer par les tribunaux que la disposition contient une substitution prohibée, mais à leur défaut, il y aura d'autres personnes intéressées à le faire, et ce sera l'institué lui-

¹ Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, article 896, n° 6.

même et ses ayants cause. Si le grevé fait prononcer la nullité de la substitution, en vertu de la clause ajoutée par le testateur, il acquiert immédiatement la propriété incommutable des biens substitués. A son défaut, ce seront ses héritiers, qui ainsi échapperont à l'obligation de rendre ces biens, ou bien ses créanciers qui pourront alors se faire payer sur eux. Il n'y a donc pas lieu de considérer la stipulation accessoire comme non avenue et d'appliquer l'article 896.

Dans la seconde espèce, le testateur décide que si on attaque la disposition, l'institution sera pure et simple et que de plus le substitué sera gratifié d'une somme ou d'un autre objet. Il était difficile de reconnaître la validité de cette disposition, car c'est bien une clause pénale destinée à empêcher les héritiers de demander la nullité de la disposition. Non seulement le disposant leur enlève tout intérêt de le faire puisque le bien grevé de substitution appartiendra toujours à l'institué, mais encore il leur inflige en quelque sorte une amende sous la forme d'une seconde libéralité au profit du substitué.

Mais ce critérium n'est pas suffisant, car, comme le fait remarquer Marcadé lui-même, cette dernière clause « pourrait être écrite très loyalement, sans aucune pensée de violer la loi et dans l'ignorance réelle (et fort excusable assurément) des caractères qui constituent une substitution prohibée », et dans ce cas il ne faudrait pas tenir cette stipulation pour nulle. En définitive, c'est une question d'interprétation de la volonté du testateur : si celui-ci a voulu faire une substitution et, pour en assurer l'exécution, a ajouté une clause pénale

pour empêcher qu'on attaque la disposition, il faudra l'annuler entièrement ; si au contraire, il a prévu le cas où la disposition serait, contre son attente, annulable comme substitution prohibée et s'il a voulu que même alors l'un des gratifiés ou même tous les deux ne soient pas privés des libéralités qu'il leur avait faites, la clause sera valable.

C'est l'opinion de Demolombe¹. Il ne reconnaît pas la validité de la clause suivante : « Je lègue ma ferme à Primus et je le charge de la conserver et de la rendre après sa mort à Secundus. Si mon héritier demande la nullité de cette disposition, je lègue à Primus ma ferme sans aucune charge, ou même, je lègue à Primus la totalité de mes biens. » Mais il est d'avis qu'il ne faut pas appliquer l'article 896 au cas où la clause est ainsi libellée, ou si on peut l'analyser ainsi : « S'il arrivait, à mon insu, que ces dispositions pussent être considérées comme une substitution, je déclare m'en départir, et pour ce cas je fais telle ou telle autre disposition soit au profit de Primus, soit au profit de Secundus, soit au profit de tout autre. » Dans ce cas, il n'y a pas révolte contre la loi comme tout à l'heure et le juge en maintenant cette clause ne s'expose ni « à violer l'intérêt public qui s'oppose à l'exécution des substitutions », ni « à violer la volonté du testateur en n'exécutant qu'une partie seulement de la double et indivisible disposition qu'il avait faite ». « Quand un disposant, ajoute-t-il, dans son ignorance de la loi ou même averti peut-être par des conseils éclairés, des

¹ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, nos 187 et 188.

difficultés que sa disposition peut soulever, déclare loyalement qu'il n'entend pas braver la loi, et que si sa disposition ne peut pas valoir telle qu'il l'a faite, il entend la faire autrement, nous croyons qu'il y aurait excès et véritablement tyrannie à déclarer nulle sa disposition toujours et quand même ! »

Laurent¹ enseigne la même chose : « En général, dit-il, la fraude ne se présume pas : pourquoi la présumerait-on en matière de substitution ? L'interprète au moins ne le peut pas, puisque la loi n'établit aucune présomption ni de bonne ni de mauvaise foi. Donc le juge devra rechercher la pensée du testateur en prenant en considération les circonstances de la cause et les clauses de l'acte². »

La jurisprudence est dans ce sens.

Il y a une espèce de clauses que les Tribunaux ont toujours annulées et avec raison. C'est au cas où le testateur a dit : « Si mes autres enfants, si mes autres héritiers mettent obstacle à l'exécution de mon testament, je les prive de tous droits à ma succession. » On rencontre souvent aussi cette clause dans d'autres dispositions que les substitutions, et notamment dans les partages d'ascendant. On ne peut y voir qu'une clause pénale destinée à éluder les nullités édictées par la loi³.

¹ Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XIV, nos 517 et 518.

² Voir aussi : MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et Testaments*, t. II, nos 3197 et 3198.

³ Voir en ce sens : Bordeaux, 30 juillet 1832, *D. A.*, v^o Dispositions entre vifs, n^o 185, 2^o ; Paris, 23 décembre 1874, *D. A. S.*, v^o Dispositions entre vifs, n^o 66 ; Nancy, 9 décembre 1871, *D.*, 1872, II, 164.

Conformément à l'opinion de Marcadé, Demolombe et Laurent, les Tribunaux admettent la validité de cette clause quand le testateur l'a écrite de bonne foi.

On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 1865¹. Un sieur Devenassier avait dit : « Je déclare donner après ma mort en pleine propriété à Mme Jolly, ma nièce et ma filleule, née Boucher, tout ce que je laisserai à mon décès, entendant ne donner qu'à Mme Jolly, née Boucher, et par suite à sa fille, née Jolly; voulant après le décès de ces deux personnes, si elles ne laissent pas d'enfants, que toute ma succession passe, savoir: la moitié à M. Bert, ex-notaire à Poitiers, et l'autre moitié à M. Boutiller, médecin à Bouché; cependant si les diverses substitutions que j'établis ici ne pouvaient avoir lieu, j'entends et je veux que toutes celles qui ne sont pas contraires à la loi aient leur exécution. » La Cour de Cassation décida qu'il ne peut y avoir substitution qu'autant qu'il y a pour l'institué charge, obligation de conserver et de rendre, que le testateur ayant des doutes sur la validité de ses dispositions et déclarant ne vouloir que l'exécution de celles qui ne sont pas contraires à la loi, « qu'une telle déclaration fait disparaître pour l'institué toute obligation même morale de conserver et de rendre: qu'elle manifeste l'intention du testateur de préférer l'institution à la substitution au cas où elles pourraient avoir effet l'une et l'autre; qu'enfin elle laisse les biens libres dans les mains de l'institué et n'implique pas les conséquences et les inconvénients

¹ Cass., 5 décembre 1865, *D.*, 1866, I, 36, *S.*, 1866, I, 72.

que la loi a voulu prévenir par la prohibition de l'article 896¹. »

Parfois les Tribunaux ont vu une clause d'abandon de la substitution dans des dispositions qui ne semblaient pas comporter une telle interprétation. Ainsi un testateur avait dit : « J'institue pour légataire universelle de tous mes biens, M^{me} Léon Poulet, pour elle en disposer en toute propriété à compter du jour de mon décès, et, à son défaut, à ses enfants nés ou à naître, à charge par elle de transmettre cet héritage intact à ses enfants. » La Cour de Paris, le 22 juin 1899, reconnut à juste titre qu'il y avait une substitution dans cette disposition : la légataire était bien tenue de conserver et de rendre à ses enfants. Mais l'arrêt décidait qu'en appelant les enfants de ladite dame à son défaut, le testateur avait visé aussi bien le cas où la disposition serait annulée pour cause de substitution que toute autre hypothèse empêchant la légataire de recueillir la libéralité, et que même alors la disposition au profit des enfants devait être maintenue. Ainsi la Cour de Paris annulait l'institution parce qu'il y avait substitution prohibée, mais elle maintenait la disposition au profit des appelés par interprétation des termes du testament. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt².

¹ Voir aussi : Paris, 3 mars 1820, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 246, *S. C. N.*, 6, II, 217; Cass., 8 juillet 1834, *S.*, 1834, I, 754.

² Cass., 7 mai 1900, *D.*, 1900, I, 379.

DEUXIÈME PARTIE

DISPOSITIONS ENTIÈREMENT VALABLES

Avec la théorie du vœu, avec l'emploi des articles 898, 1044 et 951, si l'on pouvait éviter la nullité complète de la donation ou du testament, on ne pouvait cependant pas maintenir les deux dispositions successives : l'institution et la substitution. Cette dernière se trouve sans effet, à moins que le premier institué ne fasse une nouvelle disposition en faveur du second. Avec les dispositions que nous allons étudier à présent, soit que les donateurs et les testateurs les stipulent eux-mêmes, soit que les Tribunaux interprètent la volonté de ceux-ci dans ce sens, on parvient à faire exécuter les deux dispositions, à produire les mêmes effets que la substitution, à donner un droit au substitué et le tout sans courir le risque de la nullité édictée par l'article 896, pourvu, toutefois, que l'on reste dans les termes de l'article 906, que l'on ne gratifie que des personnes déjà conçues au moment de la donation ou du décès du testateur.

CHAPITRE PREMIER

LEGS « DE RESIDUO »

Le premier moyen auquel on a pensé et que l'on a employé a été le legs *de residuo*.

Le legs *de residuo*, appelé aussi fidéicommiss *de residuo*, consiste en une disposition au profit d'une personne en pleine propriété, avec faculté pour cette personne de disposer des biens comme elle l'entendra, mais avec charge par elle de transmettre à un tiers lors de son décès tout ce qui restera des biens légués.

Comment est-on parvenu à faire échapper à la nullité une pareille disposition, qui se rapproche beaucoup de la substitution prohibée, si elle n'en est pas une? C'est en prenant au pied de la lettre les termes de l'article 896. Celui-ci annule les dispositions avec charge « de conserver et de rendre ». Dans le legs *de residuo*, il n'y a pas charge de « conserver », s'il y a charge de rendre, donc il n'y a pas substitution.

On a reconnu que cette disposition était valable parce qu'elle est d'une grande utilité, sans cependant présenter le principal des inconvénients des substitutions : l'inaliénabilité. Le legs *de residuo* est utile en ce qu'il permet, par exemple, à des époux qui n'ont point d'enfants de se transmettre leurs biens en

toute propriété, avec pleine faculté d'en disposer à leur gré, tout en empêchant cependant les parents du disposant d'être complètement dépouillés des biens qui venaient de leur famille. C'est, en quelque sorte, un rétablissement volontaire de la règle de notre ancien droit *Paterna paternis, materna maternis*; les biens resteront dans la famille du testateur, quoique son conjoint en ait eu la propriété pendant un certain temps. Supposons que ce soit le mari qui veuille faire une semblable disposition au profit de sa femme. Il n'aura qu'à l'instituer héritière universelle avec les pouvoirs d'aliéner les plus étendus, et à léguer, en second lieu, tous les biens qui subsisteront encore au décès de la femme, à ses parents. Ceux-ci recueilleront plus sûrement que si le testateur avait exprimé un vœu que la légataire aurait pu oublier de satisfaire. Il ne pourrait obtenir le même résultat, ni par une simple disposition en pleine propriété au profit de la femme, ce qui ne donnerait rien aux parents du testateur, ni par une disposition en usufruit, ce qui pourrait n'être pas assez, si le disposant veut assurer le plus d'aisance possible au survivant.

Par ce moyen, le testateur aura l'entière faculté « de préférer sa femme à ses héritiers et de préférer ses héritiers à ceux de sa femme ».

D'ailleurs, ce procédé peut recevoir de multiples applications, par exemple au profit d'un frère, d'un neveu, et les appelés en seconde ligne peuvent être aussi bien des étrangers que des parents.

Autrefois, dans notre ancien droit, on considérait la disposition *de eo quod supererit* ou *de residuo*, de ce

qui restera, comme une substitution fidéicommissaire et on en distinguait la disposition *si quid supererit*, si quelque chose reste, qui n'était pas considérée comme telle. Mais cette distinction venait du droit romain, qui décidait que dans la disposition *de eo quod supererit* le grevé pouvait bien aliéner à titre onéreux, mais qu'il ne pouvait léguer les biens transmis; ce qui explique pourquoi on considérait cette clause comme constituant une substitution fidéicommissaire; d'autre part, dans notre ancien droit, les substitutions fidéicommissaires étant permises et même encouragées, on en voyait partout, et notamment dans les dispositions *de eo quod supererit*. La disposition *si quid supererit* n'était pas une substitution, car le grevé pouvait disposer à titre gratuit et même par testament; il avait, en somme, l'entière liberté d'aliéner.

Naturellement, dans notre droit actuel, le principe doit changer, car considérer les dispositions *de eo quod supererit* comme des substitutions fidéicommissaires, c'était les condamner à tomber sous le coup de l'article 896. Il n'y avait plus lieu, désormais, de faire la distinction entre les dispositions *de eo quod supererit* et les dispositions *si quid supererit*; c'est l'opinion de Demolombe.

Pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine ont hésité à en admettre la validité et plusieurs systèmes ont été soutenus par les auteurs et appliqués par les Tribunaux. Il y a eu trois opinions en présence sur cette question.

La première déclare que les legs *de residuo* sont des substitutions fidéicommissaires, et que, par consé-

quent, il faut annuler non seulement la disposition subsidiaire, mais encore la disposition principale. Dans ces legs, disent ceux qui soutiennent ce système, il y a charge de conserver et de rendre. La charge de rendre est imposée par le testateur, mais cette charge de rendre ne peut se comprendre sans la charge de conserver, charge de conserver moins rigoureuse que dans les autres substitutions fidéicommissaires, mais qui n'en existe pas moins.

Cette opinion s'appuie sur ce qui se passait en droit romain; Papinien décidait que le grevé ne pouvait aliéner que pour ses besoins réels, qu'il ne pouvait aliéner qu'à titre onéreux et même que les biens acquis avec le prix de ceux qui étaient substitués devaient leur être subrogés¹. Pour arriver à cette solution, il se fondait sur la volonté du disposant et sur la bonne foi que le grevé doit observer. Et les auteurs qui soutiennent cette opinion ne voient aucune raison pour ne pas admettre que la bonne foi impose aussi bien aujourd'hui qu'autrefois l'obligation de n'aliéner qu'à titre onéreux et en cas de besoin. En supposant la charge de conserver, le legs *de residuo* présentera alors tous les caractères d'une substitution prohibée : il y a deux personnes instituées devant recueillir successivement les mêmes biens, la seconde à la mort de la première. Rolland de Villargues avait d'abord soutenu cette doctrine dans une dissertation en note sous un arrêt de Metz du 16 février 1815².

¹ Voir fr. 70, § 3, au *Digeste*, L. 31, *De legatis et fidéicommissis* et fr. 24 et 58, § 7, L. 36. Titre 1, *Ad Senatus consultum trebellianum*.

² Metz, 16 février 1815 S. C. N., 5, II, 17.

Mais sans recourir aux règles de notre ancien droit et du droit romain, peut-on dire que notre article 896 ne prohibe pas le legs *de residuo*? On s'appuie sur ce fait que cet article annule les dispositions emportant charge de conserver et de rendre et que le legs *de residuo* n'implique pas charge de conserver. Cela est-il bien juste? « Le sens des mots conserver et rendre qui y sont employés, nous dit M. Lambert, n'est pas douteux quand on les rapproche et de l'article 898 et de la tradition. Ils sont dans le Code comme ils étaient autrefois, synonymes de trait de temps. Ils indiquent que l'ouverture du fidéicommiss n'est pas contemporaine de l'ouverture de la succession, qu'entre ces deux dates, il a existé entre le testateur et le substitué un intermédiaire à qui les biens ont été confiés pour les restituer. L'article 896 reproduit à peu près intégralement dans son premier paragraphe le texte de l'article premier de la loi du 14 novembre 1792. Or, pendant toute la période révolutionnaire, la jurisprudence avait reconnu sans difficulté que la loi de 1792 abolissait les substitutions *de eo quod supererit* aussi bien que les autres¹ ». Et M. Lambert conclut que, théoriquement, l'on ne peut reconnaître la validité du fidéicommiss ou legs *de residuo*.

Sous l'influence des anciennes idées sur le legs *de residuo*, de l'opinion des jurisconsultes romains et de la prohibition qui avait été édictée par la loi de 1792, les Tribunaux ont rendu quelques jugements, dans lesquels cette disposition était considérée comme une

¹ M. Lambert, *De l'Exhérédation*, n° 798.

substitution tombant sous le coup de l'article 896.

Dans un arrêt du 24 février 1807, la Cour de Bruxelles annule comme entaché de substitution un testament, aux termes duquel un mari avait légué tous ses biens à sa femme avec charge de laisser à ses héritiers ce dont elle n'aurait pas disposé. Mais on ne peut guère faire état de cet arrêt, car il se rapportait à un testament conjonctif probablement ouvert antérieurement à 1804¹.

La Cour de Metz appelée, en 1815², à juger une disposition *de eo quod supererit*, conclut à la nullité. Une dame Bernard, épouse Thèves, avait fait, le 19 mars 1806, donation à son mari de l'usufruit de la généralité des biens, meubles et immeubles, qu'elle laisserait après elle, pour en jouir sa vie durant, avec déclaration néanmoins, que pour le cas où le donataire voudrait aliéner et vendre partie des immeubles pour pouvoir vivre honorablement, il serait libre de le faire ; elle décidait ensuite que les biens restants retourneraient à Catherine Bernard, sa sœur, qui aurait les mêmes droits que Thèves et qui devrait à son tour laisser ce qui resterait aux héritiers des époux Thèves. La disposition en usufruit était bien, en réalité, une disposition en pleine propriété avec attribution de ce qui resterait à un tiers et cela à deux reprises différentes. La Cour de Metz y vit nettement une substitution fidéicommissaire à deux degrés « se trouvant expressément dans la catégorie de celles dont le Code civil, article 896, prononce la nullité ». Les légataires

¹ Bruxelles, 24 février 1807, *S. C. N.*, 2, II, 202.

² Metz, 16 février 1815, *S. C. N.*, 5, II, 17.

avaient prétendu que le legs *de residuo* ne tombait pas sous la prohibition de cet article¹.

Ainsi, d'après la première opinion, il faudrait donc annuler toute la disposition. La seconde, moins rigoureuse, annule seulement le second legs, la substitution, laissant subsister l'institution. Voici les arguments que l'on a donnés en faveur de ce système.

Ceux qui soutiennent que la sous-institution seule est annulable, disent d'abord que l'article 896 doit être scindé en deux parties : la première formerait une disposition générale prohibant toutes les substitutions; la seconde ne s'occuperait que des substitutions avec charge de conserver et de rendre, qui seraient annulées entièrement, institution et substitution, sans doute parce qu'on a pensé qu'elles entraînent des inconvénients plus graves que les autres. La disposition *de eo quod supererit* ne tomberait pas sous le coup du deuxième paragraphe, car il n'y a pas charge de conserver. La substitution serait constituée en quelque sorte, non par la disposition tout entière, institution et sous-institution, mais par cette dernière seule qui tomberait alors sous le coup de l'article 896, premier alinéa. Ce serait l'annulation d'une clause illicite, suivant l'article 900.

Un second motif a été plus particulièrement exposé par Bertauld². Cet auteur « ne comprend l'hésitation

¹ Voir dans le même sens : Cass., 18 frimaire an V, *S. C. N.*, I, 1, 65; Bruxelles, 29 juin 1808, *S. C. N.*, 2, II, 409; Nîmes, 17 août 1808, *S. C. N.*, 2, II, 428; Bruxelles, 6 décembre 1809, *S. C. N.*, 3, II, 155; Riom, 6 avril 1821, *S. C. N.*, 6, II, 378; Bordeaux, 28 juin 1830, *S. C. N.*, 9, II, 462.

² Bertauld, *Revue critique*, 1864, t. XXV, p. 385 et s.

qu'entre, d'une part, la nullité radicale de l'institution et des sous-institutions, et, d'autre part, la nullité des sous-institutions seulement ». Il ne peut admettre la troisième opinion que nous exposerons plus loin et qui reconnaît la validité de la disposition tout entière. Pour lui, la prohibition des substitutions ne serait que l'application de la maxime « Donner et retenir ne vaut. » « Donner, dit-il, c'est substituer une souveraineté étrangère à sa propre souveraineté... Ce que le souverain ne peut pas faire, c'est transmettre la souveraineté et la garder. Or, il garderait la souveraineté, en dépit de la donation, si, après avoir disposé du bien au profit du gratifié, il en disposait encore pour le compte du gratifié et, malgré lui, au profit d'autres gratifiés. » On ne doit donc disposer qu'une fois de ses biens; une fois donnés, ils sont à tout jamais perdus pour le disposant, et les léguer à nouveau, ce serait les reprendre dans le patrimoine d'autrui, faire en somme une donation ou un testament pour un autre. Les partisans de la simple annulation de la sous-institution ajoutent que, si l'on admet la validité de la disposition tout entière, il faut alors la traiter comme une substitution permise et admettre l'appel des non conçus, même à l'infini.

Quant au maintien de la première institution, Bertauld le légitime par une interprétation de la volonté du testateur. Et, s'il se décide, ce n'est qu'à bon escient, car il se défie de cette interprétation de volonté. « Cette inquisition conjecturale, dit-il, nous dirions presque divinatoire, n'offre-t-elle pas beaucoup de chances d'erreur? » S'il sacrifie le second légataire, c'est que

« le premier appelé n'est pas seulement le premier dans l'ordre successif, il est le premier par l'étendue des pouvoirs ». C'est lui surtout que le disposant a eu en vue dans sa libéralité, car il lui a donné tous pouvoirs pour aliéner, il lui a donné tous les attributs de la souveraineté, sauf un : le droit de désigner lui-même son successeur.

Rolland de Villargues, qui avait d'abord admis la première opinion dans une note insérée au *Sirey*, comme nous l'avons dit plus haut, a soutenu depuis cette deuxième opinion dans son ouvrage *Des substitutions fidéicommissaires*¹. Pour la justifier, il dit que le premier institué, pouvant aliéner et disposer comme il l'entend, la seconde institution dépend alors d'une condition purement potestative et par conséquent est nulle. Le substitué n'aura donc aucun droit à faire valoir contre l'institué et la disposition en faveur de ce dernier subsistera seule.

On trouve des décisions de justice dans ce sens. On peut citer un arrêt de la Cour de Rouen du 29 mai 1845². Une dame Bloquet avait disposé en faveur de la demoiselle Delamare et avait stipulé que si celle-ci décédait sans postérité et sans avoir disposé des biens donnés, ceux-ci retourneraient au sieur Broques et à ses enfants. La Cour de Rouen a décidé que la première partie du testament était valable, car il n'y avait pas charge de conserver, la demoiselle Delamare pouvant disposer des biens, mais elle réputait la sous-

¹ Rolland de Villargues, *Des Substitutions fidéicommissaires*, pages 335 et suivantes.

² Rouen, 29 mai 1845, *S.*, 1846, II, 379.

institution au profit de Broques et de ses enfants, non écrite, « attendu, disait-elle, qu'une telle disposition testamentaire tombe sous l'application de l'article 1130 du Code civil qui défend toute stipulation sur une succession non ouverte ; attendu qu'aux termes de l'article 900 du même Code, dans toute disposition testamentaire les conditions qui seront contraires aux lois seront réputées non écrites ; attendu qu'il suit de ce qui précède que si la substitution *si quid supererit* que renferme la disposition testamentaire dont il s'agit n'est pas prohibée par la loi, elle doit cependant être réputée non écrite, comme créant un ordre successif contraire à la loi et contenant une stipulation sur une succession non ouverte¹. »

Cette opinion n'est pas très en faveur auprès des Tribunaux et le nombre des décisions en ce sens est très faible. Au point de vue théorique, elle est très contestable et Demolombe l'a victorieusement réfutée².

Il s'élève tout d'abord contre l'interprétation qu'elle donne à l'article 896. On ne peut le scinder en deux ; la seconde partie est « le complément inséparable de la première ; » elle est là pour définir ce que la première partie prohibe, et ce que l'article 896 prohibe ce sont les substitutions fidéicommissaires de notre ancien droit qui emportaient avant tout charge de conserver et de rendre.

Puis il répond au reproche que, en maintenant et la disposition principale au profit du premier gratifié et la

¹ Voir encore en ce sens : Paris, 26 janvier 1808, *S. C. N.*, 2, II, 335.

² Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXII, n° 133.

disposition subsidiaire au profit du second, on permet au disposant de régler le sort du bien donné jusque dans la succession du bénéficiaire. En effet, si l'on pousse en quelque sorte jusque dans ses dernières conséquences l'idée qu'en faisant un legs *de residuo* le testateur va disposer des biens lorsqu'ils seront déjà dans le patrimoine du légataire, il faut admettre qu'un tel legs constitue une substitution, une substitution non prohibée ainsi que la nomment certains auteurs et quelques arrêts¹, et ce serait infiniment grave car « il s'ensuivrait qu'il ne serait pas nécessaire que le second gratifié, qui jouerait le rôle de substitué, fût conçu à l'époque de la donation entre vifs ou du décès du testateur ; » une fois dans cette voie, il n'y a aucune raison pour ne pas admettre une série de substitués : On reviendrait donc aux substitutions perpétuelles.

Demolombe, aussi bien que les partisans de cette seconde opinion, admet « la vérité de ce principe que le disposant ne peut pas régler, jusque dans la succession de son donataire ou de son légataire, le sort du bien par lui donné ou légué. » Il en résulte qu'on ne peut voir une substitution dans la disposition *de eo quod supererit*. Et Demolombe ajoute : « Elle n'est qu'une donation entre vifs ou un legs ordinaire et, dès lors, elle ne peut être valable qu'autant que le gratifié est conçu lors de la donation ou du décès du testateur. » Mais cette analyse du legs *de residuo* en un legs simple est-elle bien exacte ? Nous verrons plus loin que l'on doit plutôt l'analyser comme un legs conditionnel.

¹ Cass., 28 novembre 1849, S., 1850, I, 90, 91.

Il est à remarquer que Bertauld maintient la disposition au profit du premier institué. Il s'appuie, pour cela, sur l'intention présumée du testateur. Ce n'est qu'une solution un peu « divinatoire » pour employer ses propres termes. Trouvant trop rigoureuse la nullité de la disposition entière et ne pouvant admettre la validité, il s'est décidé pour un moyen terme sans avoir aucune raison péremptoire de le faire.

Quant à l'opinion de Rolland de Villargues considérant la seconde institution comme nulle conformément à l'article 944 parce qu'elle serait établie sous une condition purement potestative, on y répond en faisant remarquer que la condition serait purement potestative si elle dépendait de la volonté du disposant; or, il est évident que ce n'est pas de la volonté de celui-ci qu'elle dépend, mais de la volonté du premier institué qui, par ses aliénations, peut rendre vaine la disposition au profit du second¹.

La troisième opinion soutient que la disposition tout entière est valable et qu'il faut exécuter et la première institution et la sous-institution. C'est l'opinion qui prédomine en doctrine et en jurisprudence; la plupart des arrêts l'ont adoptée.

On reconnaît la validité du legs *de residuo* parce qu'il ne présente pas les inconvénients ordinaires de la substitution. Il y a simple charge de rendre et non celle de conserver. Par suite, il n'y a pas inaliénabilité, les biens ne seront pas mis hors du commerce, le premier institué pourra les vendre, il pourra les hypothé-

¹ Voir en ce sens : MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, n° 3106.

quer, les donner en gage, sans que les tiers aient à craindre de voir apparaître une clause de substitution qu'ils ne connaissent pas, sans qu'ils soient l'objet d'une réclamation de la part d'un substitué à la mort de celui qui aura traité avec eux.

C'est le legs *de residuo* qui est préconisé par les auteurs et par les praticiens lorsque des époux désirent conserver au survivant le genre de vie, le confort auquel il était habitué, tout en réservant les biens qui resteront et qui dépendaient de la succession du prédécédé, aux parents de ce dernier. On ne pourrait obtenir le même résultat en ne donnant qu'un usufruit qui serait peut-être insuffisant et qui obligerait le survivant à faire face avec ses revenus aux dépenses imprévues, comme celles de maladie, de grosses réparations auxquelles on pourvoit ordinairement au moyen d'une hypothèque, d'une vente.

Cette opinion est admise depuis très longtemps par la jurisprudence. Dans les premières années du Code civil il y eut quelques flottements, mais aujourd'hui il serait difficile de trouver un arrêt qui ne fut pas rendu en ce sens.

Dès le 14 novembre 1809, la Cour de Bruxelles¹, reconnaissait la validité du legs *de residuo* : « Attendu, disait cet arrêt, que la défenderesse n'ayant été soumise par aucune clause du testament à l'obligation de conserver et de rendre, ce qui serait en contradiction avec l'institution dans la pleine propriété et entière disposition, et avec la faculté de tout dépenser, aliéner

¹ Bruxelles, 14 novembre 1809, S. C. N., 3, II, 146.

et charger, et d'en user comme de ses propres biens, la clause qui appelle après la mort du survivant les héritiers des deux testateurs à recueillir ce que la défenderesse pouvait délaissier éventuellement, ne saurait être considérée comme contenant une de ces substitutions prohibées par l'article 896 du Code civil qui vicie et annulent l'institution elle-même. » Il est vrai que dans cet arrêt, si l'on concluait à la validité de l'institution, la sous-institution n'était pas en cause. Mais cet arrêt est d'autant plus caractéristique que quelque temps auparavant la même Cour en avait rendu un en sens contraire, le 24 février 1807¹.

On peut citer à l'appui du même système un arrêt de la Cour de Montpellier du 27 janvier 1818 infirmant un jugement du Tribunal de Perpignan qui avait annulé comme tombant sous le coup de l'article 896 la disposition suivante : « Je nomme et institue pour mon héritier universel le sieur François Auberge, docteur en médecine, mon neveu, pour par lui jouir et disposer de mon hérédité en bon père de famille et à la charge de la rendre à ses enfants légitimes. » L'arrêt de la Cour de Montpellier disait « que bien loin que l'on trouve dans la disposition par laquelle François Auberge a été institué héritier, l'obligation de conserver l'hérédité, on y trouve une disposition contraire puisque ledit Auberge y est institué pour par lui jouir et disposer de l'hérédité en bon père de famille, ce qui est inconciliable avec l'obligation de conserver ».

¹ Bruxelles, 24 février 1807, *S. C. N.*, 2, II, 22. — Voir dans le même sens : Bruxelles, 7 février 1816, *S. C. N.*, 5, II, 100; Bruxelles, 8 mars 1821, *S. C. N.*, 6, II, 378.

Et la Chambre des requêtes¹ rejeta le pourvoi, mais en disant que c'était une question d'interprétation du testament qu'il n'était pas dans les attributions de la Cour de Cassation d'apprécier².

Mais la jurisprudence ne se contente pas de valider les dispositions de *eo quod supererit* quand elles résultent nettement des termes du testament; elle admet que la disposition échappe à la prohibition des substitutions, même lorsqu'il n'est pas dit expressément que le bénéficiaire pourra disposer librement des biens donnés, pourvu que, par interprétation, on puisse le déduire des termes du testament. Ainsi, un arrêt de la Cour de Limoges du 28 avril 1899³ a décidé par interprétation de la volonté du disposant qu'il y avait legs *de residuo* dans la disposition suivante : « Je déclare instituer pour ma légataire universelle en toute propriété M^{me} Derignac, mon épouse... Elle aura donc la jouissance de tout ce que j'ai acquis, sans être tenue d'aucun bail de caution, ni d'emploi. Toutefois, après sa mort, tout ce que j'aurai laissé deviendra la propriété de la ville de Limoges... Je laisse à M^{me} Derignac

¹ Cass., 12 mai 1819, *S. C. N.*, 6, I, 73.

² Voir dans le même sens : Colmar, 7 juillet 1819, *S. C. N.*, 6, II, 103; Cass., 1^{er} février 1827, *S. C. N.*, 8, I, 515; Cass., 5 juillet 1832, *S.*, 1832, I, 430; Cass., 14 mars 1832, *S.*, 1832, I, 604; Cass., 17 février 1836, *S.*, 1836, I, 82; Cass., 28 novembre 1849, *S.*, 1850, I, 81; Rennes, 19 mai 1861, *D.*, 1862, II, 5; Cass., 3 mars 1864, *S.*, 1864, I, 167; Cass., 11 août 1864, *S.*, 1864, I, 436; Cass., 27 février 1843, *S.*, 1843, I, 440; Cass., 11 février 1863, *S.*, 1863, I, 204; Rennes, 13 juillet 1858, *S.*, 1859, II, 491; Cass., 1^{er} juillet 1874, *S.*, 1874, I, 465; Douai, 18 février 1874, *S.*, 1874, II, 317; Cass., 8 juin 1875, *S.*, 1875, I, 423.

³ Limoges, 28 avril 1899, *S.*, 1899, II, 266.

le soin de distribuer à mes parents, amis et domestiques les souvenirs ou récompenses qu'il lui fera plaisir et qui seront à distraire alors de ce qui reviendra à la ville... Si au moment de la mort de M^{me} Derignac les livres de ma bibliothèque médicale n'ont pas été distribués, il reviendront à l'Ecole de médecine. » Il semble que, dans ce testament, la femme n'avait que le pouvoir de distribuer des souvenirs et des récompenses et qu'elle n'avait pas le droit de disposer à sa volonté de l'ensemble des biens. La Cour de Limoges admit cependant la validité de la disposition en motivant ainsi son arrêt : « Considérant, en droit, que la charge de conserver et de rendre est caractéristique de la substitution fidéicommissaire, qu'elle n'existe pas sans elle ; qu'en fait dans l'espèce elle n'est pas littéralement exprimée et imposée par le disposant en termes impératifs et non équivoques ; qu'au contraire il résulte de la combinaison des différentes dispositions du testament que la volonté formelle de son auteur a été de laisser à sa veuve la libre et entière disposition des choses léguées. » Notamment, il était dit que le mot « jouissance » n'était pas équivalent au mot usufruit, ce qui aurait pu permettre d'échapper à la prohibition de l'article 896 en considérant la disposition comme un legs d'usufruit et de nue propriété valable aux termes de l'article 899, mais « qu'il a été pris au sens vulgaire comme équivalent à libre disposition ».

La Cour de Cassation, le 16 novembre 1830, et la Chambre des requêtes, le 5 juillet 1832¹, ont inter-

¹ Cass., 16 novembre 1830 et 5 juillet 1832, S., 1832, I, 430.

prété dans le même sens une disposition dans laquelle le testateur employait les termes « pour en jouir comme de chose à eux appartenante¹ ».

Nous avons vu plus haut que Demolombe analysait le legs *de residuo* en un legs ordinaire. Il semble bien que c'est autre chose qu'un legs pur et simple. La disposition peut être pure et simple pour le premier institué, mais pour le second c'est un legs conditionnel soumis à la condition que des biens resteront au décès du premier gratifié. Il y en a même une seconde qui consiste en la survie du second gratifié au premier ; elle n'est, en somme, que l'application de l'article 1054 du Code civil qui exige que le légataire conditionnel soit vivant et au moment du décès du testateur et à celui de la réalisation de la condition. Laurent conteste que le droit du second gratifié soit conditionnel ; ce n'est pas un droit incertain, c'est un droit à terme, par suite un droit certain ; il nous dit qu'il ne faut pas confondre « le droit conditionnel, dont l'existence même est incertaine, et le droit éventuel, qui existe, mais qui est subordonné à une chance, de sorte qu'il peut se réduire à rien ». On peut lui répondre que si l'on considère la mort de Primus comme un terme, il y aura tout au moins terme incertain et que c'est un principe admis depuis longtemps que *in testamento dies incertus conditionem facit*. Mais cette opinion de Laurent s'explique par ce fait qu'il examine seulement le cas où le disposant a stipulé que les biens restants

¹ Voir aussi Douai, 18 février 1874, *S.*, 1874, II, 317 ; Cass., 8 juin 1875, *S.*, 1875, I, 423.

reviendraient à ses héritiers; et il essaye par là de démontrer que les héritiers auront un droit acquis dès le décès du disposant et que s'ils décèdent avant le premier institué, leurs propres héritiers prendront leur place. Il s'appuie sur un arrêt de la Cour de Gand du 13 juin 1866 rendu dans ce sens. Il y aurait ainsi une sorte de droit de retour stipulé au profit des héritiers du disposant, mais un droit de retour ne portant que sur les biens qui subsisteront au décès du premier gratifié.

Il nous semble plus juste de décider qu'il y a là un legs conditionnel; la disposition s'analyserait ainsi : « Je donne à Secundus ce qui restera au décès de Primus des biens que je viens de léguer à celui-ci. » Naturellement, si Secundus meurt avant Primus, conformément à l'article 1054, le legs au profit de Secundus sera caduc et ses héritiers ne pourront en profiter.

La Cour de Poitiers a décidé qu'il y avait un legs conditionnel dans un cas où une testatrice avait stipulé la charge de rendre ce qui resterait au profit d'un tiers; et Laurent lui-même a reconnu que la Cour de Poitiers avait eu raison de décider ainsi et que cette solution était conforme à l'intention de la testatrice, car celle-ci n'est pas censée avoir préféré les parents de l'étranger à ses propres parents¹.

Si le second gratifié est légataire sous condition suspensive, le premier institué sera un légataire sous une condition résolutoire inverse de la première. En définitive, le legs *de residuo* peut s'analyser en un double legs conditionnel et nous verrons plus loin que

¹ Poitiers, 24 mai 1869, *D.*, 1870, II, 35.

celui-ci est admis⁴ par la jurisprudence. Mais, par suite, il semble de toute nécessité d'admettre, pour que le second soit valable, que le second institué soit conçu au moment du décès du testateur et qu'il survive au premier légataire.

Le disposant a permis au premier gratifié d'aliéner les biens donnés; quels vont être, au juste, les pouvoirs de l'institué? Pourra-t-il faire tous les actes d'aliénation, à titre onéreux et à titre gratuit, entre vifs et à cause de mort? Sur cette question, les auteurs sont divisés.

Il est un point certain, c'est qu'il peut aliéner à titre onéreux, vendre, échanger, hypothéquer; cela, tout le monde l'admet.

Mais pourra-t-il aliéner à titre gratuit? Demolombe admet qu'il peut le faire, soit entre vifs, soit même par testament; Troplong est du même avis; et ils nous semblent avoir raison. Demolombe assimile notre cas à celui du retour légal: « Il a droit de disposer, dit-il, comme l'enfant donataire de son ascendant qui le peut à titre gratuit et à titre onéreux, malgré le droit de retour que la loi accorde à l'ascendant donateur, sur ce qui restera des objets donnés dans la succession du donataire décédé sans postérité¹. »

Une autre opinion soutenue notamment par Laurent ne reconnaît pas au premier bénéficiaire le droit de disposer des biens donnés à titre gratuit, pas plus par testament que par donation entre vifs. Mais ici encore,

⁴ Voir Rolland de Villargues, *Des substitutions prohibées*, n° 266, et Paris 22 avril 1841, *D. A.*, v° Substitution, n° 75, 4°.

comme nous l'avons vu plus haut, Laurent restreint la question au cas où le legs *de residuo* est stipulé en faveur des héritiers de la famille du testateur ; il semble qu'il ne fonctionne que dans ce cas. Aussi peut-il donner à cette clause l'interprétation suivante : « Il nous semble, dit-il, que celui qui dispose, avec charge de rendre à ses héritiers ce qui restera, manifeste clairement la volonté de préférer ses héritiers aux héritiers du légataire ; la clause a ce but ou elle n'en a aucun. » Il est vrai qu'il aurait probablement tenu le même raisonnement, s'il avait envisagé le cas où le second bénéficiaire est un étranger ; car dans ce cas aussi le donateur ou le testateur indique nettement qu'il préfère le substitué aux héritiers du premier bénéficiaire.

Laurent donne encore une autre raison pour justifier son opinion relativement au droit de tester. Il part de cette idée, que nous avons déjà signalée plus haut, que le legs *de residuo* est un legs à terme, par conséquent « il ne transmet au légataire qu'une propriété temporaire quant aux objets dont il ne dispose pas pendant sa vie : ce droit cesse à sa mort. » Le premier bénéficiaire ne pourra disposer par testament des choses données ou léguées « car le testament n'a d'effet qu'à la mort et à ce moment le droit du légataire cesse ». Signalons en passant une opinion suivant laquelle le légataire pourrait disposer entre vifs, mais ne pourrait tester.

Mais Laurent est peut-être influencé par l'opinion des auteurs romains ; nous savons que ceux-ci décidaient que le premier gratifié ne pouvait disposer

qu'à titre onéreux; ils lui déniaient le droit de disposer à titre gratuit, aussi bien par testament que par donation entre vifs. Mais les lois romaines ne sont plus applicables aujourd'hui, et l'on ne peut que s'en rapporter à la volonté présumée du disposant. Or si celui-ci a permis à l'institué de disposer des biens comme il l'entendrait, on ne peut déduire de là qu'il a fait une réserve pour le droit de tester ou de disposer entre vifs, et l'on ne peut exiger, comme le fait Laurent, une disposition expresse accordant formellement ce droit au bénéficiaire.

Quelques arrêts cependant ont admis que le légataire ne pouvait disposer à titre gratuit. On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de Rennes du 31 Juillet 1858¹. Un autre arrêt de la même Cour du 10 janvier 1866² refuse le droit au premier bénéficiaire de faire des libéralités par testament et même par donation à cause de mort. En l'espèce, une femme avait donné à son mari tous ses biens avec faculté d'en « jouir et disposer en pleine et absolue propriété », mais avec charge de les transmettre à ses propres héritiers. La femme morte, le mari se remarie et au cours de ce nouveau mariage donne à sa seconde femme tous les biens qu'il laisserait à sa mort, y compris les biens provenant de sa première femme. La Cour de Rennes annula cette disposition en tant qu'elle portait sur les biens de la première femme.

Malgré cette opinion et ces arrêts, il nous semble

¹ Rennes, 31 juillet 1858, *S.*, 1859, II, 491.

² Rennes, 10 janvier 1866, *S.*, 1866, II, 105.

que l'on ne peut sous-entendre la prohibition d'aliéner à titre gratuit ; mais il faut admettre et l'on admet généralement que le testateur ou le donateur pourra parfaitement l'insérer dans la disposition sans pour cela entraîner sa nullité comme substitution prohibée. Il pourra défendre au légataire ou au donataire soit de disposer par testament, soit même de disposer entre vifs, « car, comme le dit Demolombe, ce qui constitue la substitution, c'est la charge impérative et absolue de conserver et de rendre ; or s'il est vrai que le premier gratifié, dans ce cas, n'a pas la faculté indéfinie d'aliéner, il n'est pas moins certain qu'il n'est pas non plus tenu de la charge absolue de conserver ; et tout au contraire ! puisqu'il peut, avec la plus entière liberté, aliéner à titre onéreux ». Le bénéficiaire pourrait toujours rendre le legs *de residuo* inutile en aliénant tous les biens. C'est aussi l'opinion de Duranton, Coin-Delisle. MM. Aubry et Rau et MM. Baudry-Lacantinerie et Colin¹.

On peut citer dans ce sens un arrêt de la Cour de Cassation du 11 août 1864² qui, interprétant un testament contenant un legs *de residuo*, mais avec interdiction de disposer à titre gratuit, décide « que cette interdiction strictement restreinte à un mode spécial d'aliénation, laisse entier pour elle le droit de disposer de tout autre manière, et qu'en présence de ce droit si large encore, et dont l'exercice n'est entravé par

¹ MM. Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. VIII, § 694, note 28, et Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, n° 3110.

² Cass., 11 août 1864, S. 1864, I, 436, D. 1864, I, 468.

aucune condition, il est impossible d'admettre que la charge de conserver, sans laquelle il n'y a pas de substitution prohibée, lui soit imposée ¹ ».

Dans les donations et les testaments, on trouve parfois la clause que le bénéficiaire ne pourra aliéner qu'en cas de besoin. Que faut-il en penser? Faut-il considérer la disposition comme une substitution prohibée, ainsi que quelques auteurs le soutiennent? Ou bien n'entraîne-t-elle pas la nullité de la disposition?

Quelques auteurs ont vu dans cette clause une substitution, parce que le premier bénéficiaire se trouve en somme grevé de la charge de conserver, bien que le testateur lui ait permis par exception d'aliéner en cas de besoin. C'est la charge de conserver qui prédomine dans la disposition; il y a donc lieu d'appliquer l'article 896. Comme on le fait remarquer, la faculté d'aliéner n'étant pas définie, pourrait avoir pour résultat de frapper d'incertitude toutes les aliénations que le grevé pourrait consentir, car comment distinguer les cas où le bénéficiaire aurait besoin d'aliéner de ceux où il ne l'aurait pas ².

Mais suivant une autre opinion soutenue par Merlin, Rolland de Villargues, Demolombe, MM. Aubry et Rau, il faut considérer comme valable la disposition de *eo quod supererit*, même si elle ne contient la permission d'aliéner qu'en cas de besoin. En faveur de

¹ Voir aussi Cass., 1^{er} février 1827, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 75, 2^o; Cass., 14 mars 1832, *S.*, 1832, I, 604; Cass., 11 février 1863, *S.* 1863, I, 204.

² Voir en ce sens : Marcadé et Coin-Delisle.

cette opinion, on fait remarquer que les besoins d'un individu peuvent être illimités, « parce que notre volonté bien ou mal ordonnée est la source de tous nos besoins, que nous pouvons les multiplier à l'infini », et que par suite le gratifié, qui a la faculté d'aliéner en cas de besoin, sera aussi libre que celui à qui on a donné purement et simplement le pouvoir d'aliéner. Il en résulte que les aliénations faites par l'institué ne pourront pas être critiquées, ni les tiers recherchés. Il faudrait décider ainsi surtout s'il résultait des termes de la disposition que le testateur ou le donateur a laissé le bénéficiaire seul juge de ses besoins.

Il y a lieu de signaler que Coin-Delisle et Marcadé, s'ils voient dans le legs avec permission d'aliéner seulement en cas de besoin une substitution fidéicommissaire, en font cependant une affaire d'interprétation des clauses de la disposition. Coin-Delisle nous donne les raisons pour lesquelles il ne peut admettre l'opinion qui voit une condition potestative, pour employer les termes de Rolland de Villargues, dans la faculté d'aliéner en cas de besoin, parce que ces besoins dépendraient en définitive de la volonté du bénéficiaire. Ce serait faire alors de cette locution, dit-il, « le synonyme parfait des mots : suivant son bon plaisir, tandis que tout le monde le traduirait par ceux-ci : s'il devient nécessaire » ; et il démontre que le besoin est « chose relative aux facultés, à l'état, à la position de famille de celui qui l'éprouve », qu'il ne dépend pas pour cela de notre seule volonté et qu'étant connues les nécessités créées par les circonstances on peut déterminer dans quelles limites s'est fait sentir le besoin d'aliéner

les biens donnés. Par conséquent tout ce qui aurait été fait en dehors serait annulable, et il y aurait en quelque sorte charge de conserver pour le surplus. Marcadé fait à peu près le même raisonnement ; et ils concluent tous deux que s'ils sont d'avis qu'en principe le legs avec permission de n'aliéner qu'en cas de besoin est une substitution, cependant si les termes de la disposition, les clauses qui l'entourent et toutes autres circonstances indiquent que le testateur a laissé le bénéficiaire libre de disposer, il n'y aura pas substitution prohibée, que d'ailleurs les tribunaux et les Cours d'appel seront seuls juges de leur interprétation et que la Cour de Cassation ne pourra réformer sur ce point leurs décisions.

Mais tout en partant d'un principe différent, les deux opinions adverses, celle de Rolland de Villargue, Demolombe et MM. Aubry et Rau d'une part, et celle de Marcadé et Coin-Delisle d'autre part, se rencontrent, car si les premiers admettent que l'intention présumée du disposant en insérant cette clause, est d'avoir voulu donner toute liberté au bénéficiaire, de l'avoir fait seul juge de ses besoins, ils considèrent, comme entraînant l'application de l'article 896, une clause n'autorisant à aliéner qu'en cas de nécessité dûment justifiée. Il y aurait alors lieu à une appréciation de ce besoin qui pourrait être faite par un autre que le donataire ou le légataire, par le juge, par exemple, qui, en un mot, serait soumise à l'*arbitrium boni viri*, comme l'on disait en droit romain. La seule différence entre ces deux opinions, c'est que la première présume ce que la seconde veut

voir apparaître dans les termes de la disposition : la liberté pour le gratifié de disposer comme il l'entendra.

Il semble, en définitive, que la permission de n'aliéner qu'en cas de besoin, n'entraîne pas substitution prohibée ; le testateur pourra même employer tout autre terme tant qu'il pourra en résulter que le légataire sera seul juge de l'opportunité de l'aliénation. Mais le testateur fera bien de ne pas dire dans son testament que le légataire ne pourra aliéner qu'en cas de nécessité dûment constatée ou même seulement « en cas de nécessité », car il s'exposerait à voir sa disposition annulée comme substitution prohibée. Ainsi un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 avril 1860 a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Poitiers du 29 décembre 1858 qui avait vu une substitution fidéicommissaire dans un testament aux termes duquel un sieur Guillaume Moreau nommait comme légataire universelle une demoiselle Chevrier et ajoutait qu'en cas de décès de celle-ci sans enfants, ses biens immeubles retourneraient à ses propres héritiers : « Elle n'aura, par conséquent, ajoutait-il, le droit de les aliéner qu'en cas de nécessité ». La Chambre des requêtes disait dans son arrêt : « A la vérité, il serait peut-être difficile de voir ce caractère essentiel de la substitution dans la charge de conserver, tempérée pour le grevé de la faculté qui lui serait laissée d'aliéner, en cas de besoin, les biens qu'il doit rendre à son décès, si, d'ailleurs, il était certain que le testateur a entendu le constituer seul juge de ses besoins, et l'affranchir de tout contrôle comme de

toute justification à faire pour l'exercice de la faculté qu'il lui accordait ; mais au cas particulier, l'arrêt attaqué, interprétant le testament, a déclaré par une appréciation souveraine de la volonté du testateur, que la demoiselle Chevrier ne pouvait user, suivant son caprice, de la faculté d'aliéner qui lui était laissée, que cette faculté ne lui appartenait que dans des conditions tout à fait restrictives et exceptionnelles, et qu'elle devrait justifier, le cas échéant, de l'impérieuse nécessité, qui seule pouvait l'autoriser à vendre. »

CHAPITRE II

DES DISPOSITIONS EN USUFRUIT

Avec le legs *de residuo*, la jurisprudence était entrée dans la voie de la validation des deux dispositions. Elle ne pouvait en rester là, car, en somme, l'appelé se trouvait encore, en quelque sorte, à la merci du grevé, comme dans la théorie du vœu, bien qu'à un moindre degré. Avec la théorie du vœu, il fallait une disposition expresse du grevé pour faire passer les biens à l'appelé ; dans le legs *de residuo* il était nécessaire que le grevé ne disposât pas contre l'intérêt de l'appelé. C'était déjà un progrès, mais ce n'était pas assez. Il fallait arriver à empêcher le grevé de rendre ainsi inutile la seconde disposition et l'obliger à transférer les biens tels qu'il les avait reçus.

Ce résultat, le testateur ou le donateur pourra l'atteindre par un legs ou une donation en usufruit au premier bénéficiaire, avec disposition de la nue propriété en faveur de ses héritiers ou de la personne à qui il veut que les biens restent en définitive. Il fera ainsi une disposition parfaitement valable : valable, parce que, sous sa forme simple, ce n'est pas une substitution, tout le monde et la loi le reconnaissent ; vala-

ble, parce que sous la forme d'usufruits successifs reposant sur plusieurs têtes, les unes après les autres, la jurisprudence actuelle et les auteurs admettent qu'il n'y a pas de substitution ; valable encore lorsque l'usufruit est joint à des dispositions conditionnelles portant sur la nue propriété, parce que la jurisprudence a reconnu que, même dans ce cas, il n'y avait pas de substitution ; le tout à une condition cependant : c'est que tous les usufruitiers et tous les nus propriétaires soient au moins conçus au moment de la donation ou du décès du testateur.

Et d'abord, pourquoi le législateur a-t-il jugé utile, dans l'article 899, de nous rappeler que « la disposition entre vifs ou testamentaire, par laquelle l'usufruit sera donné à l'un et la nue propriété à l'autre », n'est pas une substitution ? Il semble qu'il ne pouvait y avoir de doute sur ce point. Cependant, le législateur a pu craindre que l'on ne se trompât. En effet, l'usufruitier et le grevé, dans une substitution, jouissent en somme de la même manière des biens à eux légués ; ils ont les mêmes pouvoirs d'administration ; à leur mort, ces biens semblent passer de la même manière au nu propriétaire ou à l'appelé : les héritiers de l'usufruitier et du grevé semblent rendre de la même manière les biens au nu propriétaire ou à l'appelé.

Mais il n'y a pas là de substitution, car il n'y a pas deux libéralités successives, mais deux libéralités directes : le nu propriétaire, aussi bien que l'usufruitier, sont saisis dès le moment de la donation ou du décès du testateur, l'un de la nue propriété, l'autre de

l'usufruit. Le nu propriétaire ne reçoit donc point la pleine propriété par l'intermédiaire de l'usufruitier. Mais l'usufruit qui va se joindre à la nue propriété, est-ce qu'il ne le recevra pas ainsi ? Non, car l'usufruit s'éteint à la mort de l'usufruitier, « il meurt avec lui », comme dit Demolombe, et s'il se joint à la nue propriété, c'est l'effet de la consolidation et non d'une transmission.

Tout cela est parfaitement net et l'on pourrait croire que les décisions de jurisprudence en cette matière, lorsque l'usufruit est donné à une personne et la nue propriété à une autre, sont rares. Cependant il en existe, car les clauses des testaments ne sont pas toujours claires, et il y a lieu d'interpréter la volonté du disposant. Ainsi serait valable un testament rédigé en ces termes : « Je lègue à Paul l'usufruit de tel immeuble pour en conserver et rendre le fonds et la propriété à Pierre que je substitue¹. » Mais il vaut mieux employer une formule plus exacte de peur que les tribunaux ne se trompent.

Par interprétation de la volonté du testateur, il a été décidé que la disposition testamentaire aux termes de laquelle un testateur avait légué à sa femme d'abord ses biens meubles en la dispensant de rendre compte, puis ses immeubles, mais sans reproduire la dispense de rendre compte, et enfin nommé un héritier universel dont la jouissance ne devait commencer qu'au décès de la femme, ne contenait quant aux immeubles qu'un

¹ V. Rolland de Villargues, *Des substitutions prohibées*, 2^e édition, p. 352.

legs d'usufruit au profit de la femme et un legs de nue propriété au profit de l'héritier institué¹.

Les tribunaux vont parfois très loin dans cette interprétation et voient un legs d'usufruit et un legs de nue propriété dans des dispositions où il est difficile de les reconnaître. Ainsi a fait la Cour de Rouen, le 24 décembre 1873² pour le testament suivant: « Je lègue et donne après ma mort et celle de mes deux sœurs et de mon frère, tout mon bien présent et à venir à Marie Mabire, épouse Marchand. Ce n'est qu'après la mort du dernier restant que Marie Mabire sera seule et unique héritière de mon bien. » Elle décida que les frères et sœurs du testateur n'étaient légataires que de l'usufruit : seule Marie Mabire devait avoir la propriété.

Bien que les tribunaux aient une grande tendance à voir, dans les dispositions, de simples legs en usufruit et en nue propriété toutes les fois qu'ils le peuvent, il existe cependant des arrêts qui n'ont pas voulu le reconnaître, lorsque la disposition contenait manifestement une substitution fidéicommissaire³.

Jusqu'à présent nous n'avons vu que le cas où il n'y a qu'un usufruitier et qu'un nu propriétaire. Mais en pratique, les dispositions ne se présentent pas toujours sous cette forme simple; souvent il y a plusieurs usufruitiers appelés successivement, ou plusieurs nus propriétaires appelés sous des conditions différentes. Ce

¹ Cass., 5 mai 1856, *D.*, 1857, I, 37, *S.*, 1858, I, 544. — Voir aussi Paris, 26 mars 1815, *D. A.*, v° Substitution, n° 158, 2°; Cass., 4 juillet 1853, *S.*, 1854, I, 108; Cass., 5 mai 1856, *S.*, 1858, I, 544.

² Rouen, 24 décembre 1873, *S.*, 1874, II, 317.

³ Voir Dijon, 19 mars 1886, *S.*, 1891, I, 461.

sont ces dispositions dont la jurisprudence et la pratique se sont maintes fois servies pour éviter la prohibition des substitutions, que nous allons étudier maintenant.

Et d'abord est-ce faire une substitution que stipuler qu'après la mort de Primus, premier usufruitier, l'usufruit passera sur la tête de Secundus? Thévenot y voyait une substitution de l'usufruit: « Il semble, dit-il, qu'il y ait deux grevés, savoir: Pierre qui est tenu de remettre au substitué le fonds dont il jouissait en bon état de réparations usufruituaires, et l'héritier du disposant qui doit souffrir l'exercice du second usufruit sur la chose dont il est propriétaire. Le vrai grevé cependant est cet héritier. » Et cette erreur était commune dans notre ancien droit: on la retrouve dans Ricard, on la retrouve aussi dans le droit romain¹. Mais on ne peut se baser sur ces opinions, car dans notre ancien droit les substitutions étaient permises et on avait une tendance à en voir dans toutes les dispositions qui pouvaient s'y prêter.

Il n'y a pas là de substitution, car il n'y a ni institué, ni substitué. Il n'y a que deux libéralités en usufruit parfaitement distinctes². L'usufruit de Primus s'éteint à la mort de celui-ci. C'est un droit attaché à sa personne et que par conséquent il ne pourra transmettre à Secundus. Comme le dit Laurent: « Conçoit-on qu'il soit tenu de rendre ce qu'il ne peut conserver? »

¹ Fragment 4, au Digeste, L. 7, t. IV, *Quibus modis usufructus*; fragment 29, au Digeste, L. 33, t. II, *De usu et usufructu*.

² Voir en ce sens: MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, n° 3167.

Secundus tiendra-t-il l'usufruit de l'héritier nu propriétaire, comme le dit Thévenot, lequel héritier serait alors un véritable grevé? Il n'a aucune action contre les héritiers du premier usufruitier pour se le faire délivrer; mais il en aura une contre le nu-propriétaire, contre l'héritier du disposant; mais doit-on considérer pour cela cet héritier du disposant comme un institué dans une substitution? Non, car il n'a jamais joui de l'usufruit; il n'a pas pu le conserver et il ne peut le rendre. Et d'autre part, dans une substitution, le grevé ne doit transmettre qu'à sa mort les biens à l'appelé. Or ce n'est pas à sa mort que ce nu propriétaire, ce prétendu grevé transmettrait l'usufruit donné, mais à la mort du premier usufruitier.

La double disposition en usufruit ne présente donc pas les caractères d'une substitution fidéicommissaire. En outre elle n'en a pas les inconvénients et notamment l'inaliénabilité. Le premier usufruitier peut aliéner son usufruit, le second peut en faire autant; les acquéreurs n'auront pas plus de droits que les vendeurs, l'usufruit devant toujours s'éteindre à la mort de chaque usufruitier. D'autre part le nu propriétaire peut aussi aliéner la nue propriété, sans que l'usufruit soit atteint. Peu importe les termes qui auront été employés par le disposant, si l'on peut y reconnaître un double usufruit. Ainsi on pourrait dire: « Je charge le premier usufruitier de remettre l'usufruit au second. »

Donc on peut valablement donner ou léguer l'usufruit d'une même chose successivement à deux personnes et même à plus de deux; mais alors, va-t-on dire,

on pourra léguer l'usufruit à l'infini et le nu propriétaire ne pourra jamais devenir plein propriétaire ? Non, on ne pourra pas léguer cet usufruit indéfiniment, car il faut que tous les usufruitiers soient au moins conçus, de même que le nu propriétaire, soit à l'époque de la donation s'il s'agit d'une libéralité entre vifs, tous les bénéficiaires devant accepter, soit à l'époque de la mort du testateur s'il s'agit d'un legs, conformément à l'article 906. C'est dans ce sens qu'a été rendu l'arrêt de la Cour de Dijon du 26 novembre 1856¹. La décision porte sur une rente viagère, mais il est évident qu'il faudrait décider la même chose pour un usufruit. L'arrêt décide qu'une rente viagère donnée à une personne pour être reversée sur la tête de sa fille au cas où elle viendrait à se marier et à avoir des enfants, avec stipulation que « ladite rente serait reversible sur la tête desdits enfants et sur tous ceux de cette branche, côté et ligne tant qu'elle subsistera », n'est pas une substitution fidéicommissaire, mais qu'elle est nulle vis-à-vis des enfants à naître, parce que ceux-ci n'avaient pu accepter la donation².

L'usufruit pourrait même être donné à une personne morale sans qu'il s'ensuive une indisponibilité perpétuelle, car l'article 619 du Code civil édicte qu'un pareil usufruit ne durera que trente ans.

Il y a quelques clauses qui, tout en donnant l'usufruit de la même chose à plusieurs personnes successivement, semblent cependant douteuses. En voici un exemple qui nous est donné par Rolland de Villargues.

¹ Dijon, 26 novembre 1856, *D.*, 1858, II, 93.

² Voir aussi Cass., 22 juillet 1835, *S.*, 1835, I, 641.

Un testateur a légué l'usufruit d'une même chose à plusieurs en même temps, et il ajoute que la portion des prémourants accroîtra la part du survivant, après qu'ils en auront joui; y aura-t-il là un accroissement, accroissement qui rendrait la disposition annulable puisque les légataires ont recueilli leur part et la transmettent à un autre? Non; il y aura seulement des legs successifs d'usufruit, car l'usufruit des prémourants s'éteint par leur mort et c'est un nouvel usufruit qui est créé pour les survivants et qui s'ajoute à celui qu'ils ont déjà¹.

La jurisprudence va plus loin; elle considère comme valable la clause par laquelle un testateur lègue l'usufruit de ses biens à une personne pour en jouir après la mort de ses héritiers ou des personnes à qui ces biens ont été légués. « En effet, dit Rolland de Villargues, la disposition d'usufruit serait tout à fait indépendante du legs de la pleine propriété et l'on ne pourrait pas dire que le légataire de cette propriété aurait été chargé de conserver et de rendre un usufruit qui, en soi, n'est pas susceptible de transmission, puisqu'il s'éteint toujours et nécessairement à la mort de celui qui en jouit. » La situation ne laissera pas que d'être bizarre : l'héritier aura été pendant un certain temps propriétaire, titulaire de la nue propriété et de l'usufruit réunis, puis à sa mort l'usufruit va se trouver séparé de la nue propriété pour se fixer sur la tête d'un tiers, puis à la mort de ce tiers cet usufruit ira se

¹ Voir en ce sens : Paris, 26 mars 1813, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 158, 2^o; Bruxelles, 23 mars 1815, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 158, 3^o; Toulouse, 4 juillet 1840, *D. A.*, v^o Substitution, 158, 4^o.

réunir de nouveau à la nue propriété entre les mains des héritiers du premier propriétaire. Il peut donc s'écouler un long laps de temps pendant lequel cet usufruit sera soumis à des transmissions qui le tiendront dans l'incertitude ; et pendant tout ce temps la liberté des transactions pourra s'en ressentir. Mais les avantages pratiques viennent compenser cet inconvénient : on conçoit parfaitement qu'un testateur veuille laisser à une personne qui vivait avec lui, le même genre de vie qu'elle avait avant son décès, mais il est sûr que tant qu'une tierce personne vivra, elle jouira de ce genre de vie ; si cette personne meurt, il n'en sera plus de même, il faut donc prévoir ce cas, et, en léguant l'usufruit de ces biens pour le moment où le tiers sera mort, le testateur a réalisé son désir.

Ainsi un époux avait donné à son conjoint l'usufruit de ses biens, dans le cas où les enfants que le donateur laisserait à son décès mourraient avant le conjoint donataire. Telle est l'espèce que la Cour de Bruxelles a eu à juger le 17 avril 1806¹. On a soutenu que cette disposition contenait une substitution : en effet, les enfants recueillent les biens délaissés par leur père et à leur mort seulement l'usufruit en est acquis à l'époux survivant. Il se passe donc un long intervalle avant que la pleine propriété soit décomposée en nue propriété et usufruit ; et même il n'est pas sûr que cette décomposition ait lieu, car l'époux donataire peut ne pas survivre aux enfants. Il semble bien que les enfants soient obligés de conserver cet usufruit pour le rendre à

¹ Bruxelles, 17 avril 1806, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 179, *S.*, 6, II, 271.

leur mort. Mais c'est toujours la même question : L'usufruit peut-il se transmettre par voie de succession ? Non. Dans l'espèce, il faut analyser la disposition comme si l'usufruit avait été séparé immédiatement de la nue propriété. A la mort des enfants l'usufruit s'éteint pour revivre immédiatement sur la tête de l'époux bénéficiaire et la nue propriété seule passe à leurs héritiers¹.

Il faudrait décider également qu'il n'y a pas substitution prohibée si les dispositions successives, au lieu de porter sur un usufruit, portaient sur une rente viagère ; car ici comme dans l'usufruit, nous avons un droit qui s'éteint à la mort de son titulaire et qui est intransmissible par succession.

La jurisprudence nous offre des exemples de décisions rendues en ce sens. Ainsi, un testateur avait légué à son frère une rente viagère de 8.000 francs ; après sa mort, cette rente devait passer à un autre parent, puis aux enfants de ce second légataire, et si celui-ci mourait sans enfants, le capital de la rente devait revenir au neveu du testateur. La disposition était assez obscure ; malgré cette obscurité ou plutôt grâce à elle la Cour de Paris a pu en faire une disposition valable. Se basant sur ce fait que la rente viagère s'éteignant à la mort du crédirentier, ne peut faire l'objet d'une transmission à cause de mort, elle décida que le capital de la rente avait été légué au neveu du testateur ou aux enfants, substitués vulgairement, et que la jouissance se fixerait tour à tour sur la tête du

¹ Voir aussi Cass., 5 mai 1856, *D.*, 1857, 1,37.

frère du testateur, puis du parent et enfin des enfants, chacune de ces personnes ayant reçu la rente viagère directement du testateur. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt¹.

Cependant il ne faudrait pas exagérer dans le sens de la validité et croire que toutes les fois que l'on a qualifié une disposition d'usufruit, alors qu'elle porte sur la pleine propriété, ou que l'on a employé un terme équivalent, comme le mot de «jouir» qui revient fréquemment dans les testaments, et qui souvent s'applique dans la pensée des disposants aussi bien à la pleine propriété qu'à l'usufruit, on puisse échapper par là à la prohibition des substitutions. « Sinon, la prohibition prononcée par l'article 896, comme le dit Laurent, serait illusoire. » « Si les deux gratifiés sont appelés successivement, l'un après la mort de l'autre, remarque Rolland de Villargues, à recueillir non pas seulement un simple usufruit, mais une véritable propriété, nul doute que la disposition ne renferme une substitution prohibée. » Les tribunaux, plusieurs fois, ont eu à rétablir le véritable caractère d'une libéralité qui avait été faussement qualifiée d'usufruit.

Ainsi la Cour d'Angers, le 7 mars 1822², a parfaitement reconnu une substitution prohibée dans la disposition suivante. Une dame avait ainsi rédigé son testament : « Ma sœur jouira de ma succession pendant sa vie, la reconnaissant seule héritière ; et, après son décès, je reconnais pour mes parents et mes héritiers

¹ Cass., 8 décembre 1852, *D.*, 1853, I, 218, *S.*, 1853, I, 293.

² Angers, 7 mars 1822, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 121, *S. C. N.*, 7, II, 38.

telles personnes et leurs représentants ». On prétendait que la testatrice n'avait voulu donner que l'usufruit de ses biens à sa sœur, et l'on s'appuyait pour cela sur le mot « jouira ». Mais on a répondu avec juste raison que c'est bien la pleine propriété qui avait été transmise, que la testatrice reconnaissait la légataire pour « seule héritière », d'autant plus qu'une ligne plus loin elle reconnaissait pour héritiers d'autres personnes ; on ne peut interpréter différemment ces deux mots, surtout lorsqu'ils sont à un si court intervalle. On ne pouvait, d'autre part, se baser sur le mot « jouir », car il est souvent employé dans le langage courant même lorsqu'il s'agit de la pleine propriété.

Dans le même sens, on peut encore citer un arrêt de la Cour de Metz du 16 février 1815¹. Une testatrice avait donné l'usufruit de ses biens à son mari, mais en ajoutant que si celui-ci voulait aliéner partie des immeubles pour vivre honorablement, il le pouvait à sa volonté et à son choix, sans que ses héritiers eussent le droit de le contrarier sous aucun prétexte. Puis elle légua ses biens à sa sœur au cas où elle survivrait au donataire. Il a été décidé qu'il y avait dans cette disposition véritablement un legs en pleine propriété au profit du mari, car comment lui donner un pouvoir de disposer à sa volonté de ses biens s'il n'en était que l'usufruitier, et par suite on devait reconnaître qu'il y avait une double libéralité, la seconde devant avoir effet à la mort du premier bénéficiaire qui devait transmettre les biens ; et la Cour de Metz a annulé la dispo-

¹ Metz, 16 février 1815, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 68.

sition comme entachée de substitution ; il est vrai qu'elle aurait pu la reconnaître comme valable, car elle ne contenait qu'un fidéicommiss *de residuo*, le donataire ayant la faculté de disposer des biens à sa volonté et n'ayant à rendre que ce qu'il aurait gardé, ce qui est admis par la jurisprudence, comme nous l'avons vu. Laurent critique à juste titre à ce point de vue l'arrêt de la Cour de Metz, mais il critique à tort l'approbation qu'avait donnée à cet arrêt Rolland de Villargues, car ce dernier n'avait pas examiné si le testament était valable de quelque manière, mais seulement s'il contenait véritablement un legs en pleine propriété comme le jugeait la cour de Metz¹.

Demolombe sur ce point va même plus loin ; il dit qu'il y a substitution prohibée toutes les fois que l'usufruitier désigné par le testateur ou donateur, se trouve déjà nanti de la nue propriété pour quelle cause que ce soit, par exemple en qualité d'héritier du disposant. Toutefois il reconnaît la validité des dispositions en usufruit et nue propriété ; il donne comme exemple une disposition ainsi conçue : « Je lègue l'usufruit de mes biens à mon neveu, et la nue propriété à l'aîné des enfants qu'il laissera. » Et tout en reconnaissant que le testateur avait eu l'intention de créer une substitution, que cela ressortait évidemment des termes, « que cette clause offre aussi le caractère d'éventualité qui distingue la substitution, puisque le legs de la nue propriété est fait à celui des enfants qui se trouvera l'aîné, non

¹ Voir en ce sens : Cass., 24 décembre 1901, *S.*, 1902, I, 506, *D.*, 1903, I, 124.

pas à l'époque du décès du testateur, mais bien à l'époque du décès de l'usufruitier, son père » ; cependant il conclut à la validité de la disposition parce que le père n'aura jamais eu que l'usufruit et que la nue propriété aura été léguée sous condition suspensive à l'aîné de ses enfants ; bien que la pleine propriété ne soit attribuée à l'enfant qu'au décès du père, comme celui-ci n'aura jamais eu la propriété, il ne peut être regardé comme un grevé de substitution. Pendant tout l'intervalle de temps qui s'étend entre le décès du testateur et la réalisation de la condition, la nue propriété appartiendra à l'héritier légitime du disposant, et celui-ci ne pourra pas être considéré comme un grevé de substitution, puisque ce n'est pas à sa mort, mais à celle de l'usufruitier que les biens passeront aux enfants de l'usufruitier. Il n'y aurait donc pas dans ce cas de substitution prohibée.

Mais Demolombe pense qu'il faudrait annuler la disposition si de quelque manière la nue propriété se trouvait fixée sur la tête de l'usufruitier, si, par exemple, dans l'espèce citée plus haut, le neveu gratifié en usufruit se trouvait être l'héritier *ab intestat* du testateur : « Non seulement, en effet, dit-il, dans ce cas l'intention de créer une substitution serait flagrante, mais la chose serait bien et dûment accomplie et nous serions en face d'une substitution véritable. Que signifierait ce legs d'usufruit au neveu, qui, comme héritier *ab intestat* devrait conserver en réalité pendant toute sa vie la propriété ? » Et pour échapper à la nullité de l'article 896, Demolombe ne voit qu'un remède ; c'est que le neveu renonce à la succession *ab intestat*. Ainsi la nue pro-

priété ira se fixer sur la tête de l'héritier qui vient après lui et l'usufruit seul appartiendra au gratifié¹.

Qu'aurait décidé Demolombe, si le neveu n'était pas seul héritier *ab intestat*, s'il y avait d'autres neveux non gratifiés de l'usufruit ? La nue propriété se partagerait entre eux tous en attendant la condition fixée par le testateur. Faudra-t-il valider la disposition tout entière, ou bien l'annuler partiellement dans la proportion où la nue propriété se trouve jointe à l'usufruit ? C'est à ce dernier parti qu'il faudrait s'arrêter, si l'on voyait dans une telle disposition une substitution.

Mais pourquoi dire qu'il y a là une substitution ? L'aîné des enfants du neveu est gratifié de la nue propriété sous condition suspensive. En attendant la réalisation de cette condition, le bénéficiaire n'est pas encore propriétaire ; la nue propriété appartient à l'héritier ou aux héritiers du testateur, et par suite ceux-ci se trouveront nus propriétaires sous condition résolutoire. Bien plus, le disposant aurait pu gratifier un tiers de cette nue propriété, soit sous condition suspensive pour le cas où l'aîné des enfants du neveu ne recueillerait pas le legs, soit même sous une condition résolutoire, auquel cas le tiers se trouverait saisi de la nue propriété dès le décès du testateur, quitte à perdre cette nue propriété en cas de réalisation de la condition. Nous allons voir que l'on tend de plus en plus à admettre ces dispositions, alors même que l'usufruit aurait été donné à l'un des légataires de la nue propriété.

Nous nous occuperons de ces dispositions dans le

¹ Voir Paris, 1^{er} décembre 1807, *S. C. N.*, 2, II, 308.

chapitre suivant en tant que dispositions conditionnelles et dans le présent chapitre, en tant qu'elles peuvent en outre contenir un legs ou une donation d'usufruit au profit d'un tiers ou au profit d'un des bénéficiaires.

La jurisprudence et presque tous les auteurs admettent que la disposition en vertu de laquelle un usufruit est attribué à une personne, et la nue propriété à une autre, avec clause que, si celle-ci prédécède, ou ne peut recueillir pour quelle cause que ce soit, une troisième sera gratifiée, est parfaitement valable et ne tombe pas sous le coup de l'article 896, tout au moins en ce qui concerne l'usufruit.

Ainsi il n'y aurait pas de substitution dans un testament par lequel le testateur léguerait l'usufruit de ses biens à Pierre, puis la nue propriété aux enfants de Pierre avec la clause que si ses enfants décédaient avant l'usufruitier, il léguait la nue propriété à Paul.

Si Pierre a des enfants au moment du décès du testateur et s'ils survivent à Pierre, pas de difficulté, il y aura deux legs, l'un en usufruit au profit de Pierre, l'autre en nue propriété au profit de ses enfants, tous les deux valables et la disposition au profit de Paul se trouvera caduque.

Si Pierre n'a pas d'enfants au décès du testateur, le legs en leur faveur ne sera pas valable, conformément à l'article 906, car la nue propriété ne pouvait être léguée à des non conçus : la libéralité en nue propriété profitera immédiatement à Paul.

Si Pierre avait des enfants au décès du testateur et si ces enfants mouraient avant lui, le legs de la nue propriété fait en leur faveur se trouverait rétroactivement

résolu et c'est Paul qui serait censé avoir toujours été nu-propriétaire.

Le testateur aurait pu aussi disposer de la nue propriété au profit des enfants de Pierre, s'ils existaient encore à la mort de celui-ci, et au profit de Paul si Pierre n'avait pas d'enfants à son décès ; dans ce cas, il y aurait deux legs alternatifs sous condition suspensive portant sur la nue propriété.

« Mais, dans toutes les hypothèses, comme le dit Demolombe, on aperçoit distinctement les deux legs très directs, de l'usufruit et de la nue propriété. » Pierre ne peut être un grevé de substitution, car il n'a jamais eu que l'usufruit, et les enfants de Pierre ne sont pas non plus grevés, car Paul ne vient pas après les enfants de Pierre par ordre successif, mais à leur défaut¹.

L'exemple que nous avons pris plus haut s'est présenté dans la pratique, mais avec quelques complications. Un testateur avait légué l'usufruit de ses biens à ses neveux et la nue propriété aux descendants qu'ils laisseraient par souche, et au cas où ils viendraient à décéder sans postérité, le testateur léguait tous ses biens à un tiers. Il a été jugé qu'il n'y avait pas là de substitution. En fait, un seul des neveux laissa un enfant, lequel n'était pas conçu au décès du testateur. Aujourd'hui, le legs au profit des descendants des neveux se serait trouvé nul conformément à l'article

¹ Voir Bruxelles, 27 novembre 1819, rapporté par Laurent; Paris, 23 juin 1825, *D. A.*, Substitution, n° 163, 2°; Caen, 11 août 1825, *S. C. N.*, 8, II, 126, *D. A.*, v° Substitution, n° 185, 2°; Poitiers, 21 juin 1825, *D. A.*, v° Substitution, n° 198; Colmar, 25 août 1825, *S. C. N.*, 8, II, 134; Montpellier, 6 mai 1846, *S.*, 1846, II, 572; Metz, 9 février 1865, *D.*, 1865, II, 59.

906; mais, dans l'espèce, comme le testament avait été fait en 1778 et que le testateur était décédé en 1791, la disposition fut reconnue valable au profit de ce petit neveu, car dans notre ancien droit on pouvait disposer au profit de personnes non conçues.

Jusqu'à présent, nous n'avons vu que des dispositions où le legs en usufruit et le legs en nue propriété étaient parfaitement distincts, dans lesquelles l'usufruitier n'était en aucune façon appelé à la nue propriété. Nous allons voir maintenant des libéralités où la nue propriété ne sera pas donnée sous condition suspensive ou résolutoire aux héritiers de l'usufruitier et sous condition suspensive à un tiers, mais où cette nue propriété sera donnée soit sous condition suspensive soit sous condition résolutoire à l'usufruitier lui-même. Ces dispositions sont admises comme valables par la jurisprudence et par un grand nombre d'auteurs. Il est vrai que ce n'est pas sans de vives protestations. Nous retrouverons cette controverse lorsque nous étudierons les legs conditionnels, car elle porte plus sur les legs de nue propriété que sur le legs d'usufruit lui-même.

Sera valable, disons-nous, la disposition aux termes de laquelle un usufruit est donné à une personne, et la nue propriété à cette même personne sous condition suspensive et à une autre sous une condition suspensive inverse.

C'est ce qui a été reconnu dans l'espèce suivante : une testatrice avait légué l'usufruit d'une partie de ses biens d'abord à ses neveu et nièce, puis à leur mort à son petit-neveu; elle léguait ensuite la propriété de tous ses biens à ce dernier sous la condition qu'il se marie-

rait : et, s'il ne se mariait pas, elle donnait ces mêmes biens à sa cousine. Il y a là un legs d'usufruit et un legs de nue propriété, ce dernier fait en faveur du petit-neveu, déjà usufruitier, sous la condition qu'il se mariera, et au profit de la cousine de la testatrice au cas où la condition sous laquelle est appelé le petit-neveu ferait défaut, ce qui constitue aussi une condition suspensive. Il n'y a pas de substitution, car il ne peut y avoir double transmission : si la condition s'accomplit, le petit-neveu, grâce à la rétroactivité de la condition, sera censé avoir toujours été propriétaire ; si elle fait défaut, la cousine de la testatrice sera réputée avoir recueilli les biens au décès de cette dernière, déduction faite de l'usufruit qui a appartenu valablement au petit-neveu *pendente conditione*¹.

La disposition sera encore valable si un des legs de nue propriété est fait sous condition résolutoire et l'autre sous condition suspensive.

La Cour de Rouen et la Cour de cassation ont jugé en ce sens dans l'espèce suivante. Un sieur Piédelièvre avait légué l'usufruit de tous ses immeubles à une demoiselle Oзераie et il ajoutait : « Dans le cas où ladite Aimée-Justine Oзераie viendrait à se marier et à laisser lors de son décès un ou plusieurs enfants légitimes, les biens que je viens de lui laisser en usufruit, deviendraient, dans ce cas seulement, sa propriété exclusive, et par conséquent composeraient à ce titre sa succession sans que mes héritiers présomptifs y puissent

¹ Poitiers, 30 juillet 1830, S., 1830, II, 313 ; Cass., 20 décembre 1831, S., 1832, I, 44, D.A., v^o Substitution, n^o 149. — Voir aussi Montpellier, 28 janvier 1864, D., 1865, II, 59.

rien prétendre. » Cette clause était une manière très habile, en somme, d'appeler à sa succession des personnes non encore nées. Le sieur Piédelièvre ne pouvait, en léguant l'usufruit de ses immeubles à la demoiselle Oзераie alors âgée de dix ans, en léguer la nue propriété aux enfants à naître de ladite demoiselle si elle se mariait, sinon il aurait fait une libéralité en faveur de non conçus, libéralité qui aurait été annulée conformément à l'article 906.

Il y avait dans ce testament deux legs bien distincts : le premier en usufruit, en faveur de ladite demoiselle Oзераie, l'autre en nue propriété, attribué sous condition suspensive à la même demoiselle. Jusqu'à ce que la condition se réalise, ce que l'on ne devait savoir qu'à la mort de l'usufruitière, jusqu'à ce moment, la nue propriété doit appartenir aux héritiers du testateur qui se trouvent ainsi propriétaires sous condition résolutoire, bien qu'ils n'aient pas été spécialement institués. Si au décès de la demoiselle Oзераie celle-ci ne s'est pas mariée et n'a pas d'enfants, les héritiers ne se dessaisiront pas de la nue propriété, ils y joindront même l'usufruit par voie de consolidation; si ladite demoiselle s'est mariée et a des enfants lors de son décès, alors elle sera réputée avoir toujours été propriétaire, « car elle est légataire sous une condition suspensive, dit Demolombe, et, ce qu'il est essentiel de remarquer, sous une condition dont l'événement n'est pas subordonné à sa survie aux héritiers du testateur ¹ ».

¹ Rouen, 24 février 1834, *D.*, 1835, II, 30; Cass., 17 juin 1835, *S.*, 1836, I, 44.

Demolombe approuve l'arrêt Piédelièvre, car la condition n'est pas subordonnée à la survie de la légataire aux héritiers. Nous verrons plus loin que cet auteur n'admet les doubles legs conditionnels que dans ce cas. Il voit des substitutions prohibées dans ces dispositions toutes les fois que la condition se réalisera de telle manière que les biens sembleront passer d'un légataire à un autre à la mort du premier, ce qui arrivera lorsque le premier légataire le sera sous une condition résolutoire susceptible de ne se vérifier qu'à sa mort, et le second sous condition suspensive. Dans ce cas, en effet, il résultera que l'usufruitier, en même temps nu propriétaire sous condition résolutoire, aura eu la pleine propriété pendant sa vie, et, lors de la réalisation de la condition, c'est-à-dire à sa mort, il semblera transmettre les biens légués à la personne désignée par le testateur. Il en résulte une grande ressemblance avec ce qui se passe en cas de substitution. Mais la jurisprudence fait la distinction de ces diverses dispositions et les tribunaux ont souvent reconnu valables les doubles legs conditionnels, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive, même accompagnés d'un legs d'usufruit en faveur du légataire sous condition résolutoire.

On peut citer en ce sens le célèbre arrêt Lézé rendu par la Cour de cassation le 30 avril 1855. Est-il nécessaire de le rappeler¹ ?

Une dame était décédée laissant pour seul héritier un petit-fils, Emmanuel Lézé, mais par son testament

¹ Cass., 30 avril 1855, S., 1856, I, 607.

elle disposait ainsi : « Dans le cas où mon petit-fils mourrait sans postérité, je veux qu'il soit réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit sur sa tête la moitié de ma succession. Dans le même cas, je lègue la propriété de cette moitié, sous condition suspensive à mes neveux et nièces qui la recueilleront par souches. Il en résulte que mon petit-fils ne recueillera la moitié de ma succession que sous condition résolutoire, savoir : qu'il mourra laissant de la postérité. » Par suite, le petit-fils se trouvait gratifié du disponible, mais sous condition résolutoire. Et cette condition se réalisant, le petit-fils était censé n'avoir eu que l'usufruit, la nue propriété étant réputée avoir toujours appartenu aux neveux et nièces, et cela dès l'instant du décès de la testatrice. La Cour de Cassation a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer ici l'article 896. Elle décidait : « Que la clause testamentaire dont il s'agit, peut être interprétée comme contenant deux donations conditionnelles distinctes : l'une d'usufruit, l'autre de nue propriété ; que la condition, si elle se réalise du vivant de la testatrice, aura cet effet que le premier donataire n'aura jamais rien reçu et que la disposition testamentaire ne contiendra qu'une substitution vulgaire ; qu'en admettant que la condition ne vienne à se réaliser qu'après le décès de la testatrice, on doit encore reconnaître que les neveux et nièces de la testatrice ne recevront pas le bien seulement au décès du petit-fils, mais directement au décès de la testatrice, qui leur en transmet elle-même la nue propriété par l'effet de sa volonté ; qu'ainsi en décidant que la disposition testamentaire dont il s'agit ne contenait qu'une libéralité condition-

nelle qui pouvait se résoudre à l'égard du petit-fils en une simple donation d'usufruit, et en décidant qu'elle ne contenait ni obligation de conserver et de rendre, ni substitution, l'arrêt (de la Cour d'Angers) n'a pas violé la disposition de l'article 896 du Code Napoléon et n'a fait qu'une saine application de la loi. »

Demolombe critique vivement cet arrêt disant que la testatrice avait certainement voulu faire une substitution et qu'elle y avait réussi, car le petit-fils était plein propriétaire des biens légués, il était chargé de conserver ces biens pendant sa vie, et à sa mort les neveux et nièces étaient appelés à les recueillir après lui, sous la condition de lui survivre. Et il ajoute : « Ce que notre loi autorise dans l'article 899, c'est la disposition par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue propriété à l'autre, c'est-à-dire la disposition double et simultanée dont le résultat est d'attribuer dès à présent à chacun des deux gratifiés l'objet distinct et séparé de son legs : à celui-ci l'usufruit, à celui-là la nue-propriété. » Si l'on admet cette idée, il faut nécessairement en conclure qu'il y a une substitution dans cette disposition et avec elle dans tout double legs conditionnel de nue propriété. Aussi Laurent répond-il que « c'est nier que le testateur puisse donner l'usufruit et la nue propriété sous condition » ; on ne peut introduire une pareille distinction dans l'article 899. D'autre part, l'usufruitier ne peut être assimilé à un grevé de substitution. Il n'est pas plein propriétaire, il est propriétaire sous condition résolutoire ; il a un droit limité par le droit des neveux et nièces qui seront propriétaires si la condition se réalise et ces derniers

dans ce cas recevront directement les biens de la testatrice sans passer par l'intermédiaire de l'usufruitier.

Si la condition se réalise, si le petit-fils décède sans postérité, il sera censé n'avoir jamais été titulaire de la nue propriété et les neveux et nièces seront réputés avoir été toujours propriétaires. Il en résulte nécessairement que les neveux et nièces qui seront considérés comme nus propriétaires ne sont pas ceux qui existeront au décès de l'usufruitier, mais ceux qui existaient au moment du décès de la testatrice. C'est à ce moment qu'il faudra se reporter pour déterminer les ayants droits.

Laurent n'a qu'un scrupule : c'est que, jusqu'au moment où la condition se réalisera, résolutoire pour l'un, suspensive pour les autres, la propriété sera incertaine et cette incertitude nuit à la circulation des biens. Mais on ne peut étendre la prohibition des substitutions aux dispositions conditionnelles, elle ne va pas jusque-là.

Il y a encore une objection qui a déterminé Coin-Delisle et MM. Aubry et Rau, ces derniers momentanément il est vrai, à voir dans une telle disposition une substitution. Demolombe la soulève aussi et elle a fait hésiter Laurent. C'est que si on admet la validité du legs d'usufruit joint à un legs de nue propriété, sous condition résolutoire au profit de l'usufruitier et sous condition suspensive pour une autre personne, on trouve là un moyen d'éluder la prohibition des substitutions fidéicommissaires, les effets qui en résultent étant identiques. Cette objection n'est pas absolument juste, car dans une substitution les appelés sont déter-

minés au décès du grevé, c'est à lui qu'ils succèdent, tandis que dans le legs conditionnel, comme nous l'avons déjà dit, il faudra se reporter au décès du testateur pour déterminer quels sont les seconds gratifiés et, par suite, on ne peut instituer des personnes non encore conçues¹.

Cependant, il y a quelques tribunaux qui ont refusé de voir autre chose qu'une substitution prohibée dans des dispositions semblables : ainsi, la cour de Metz, le 7 juillet 1869², a vu une substitution fidéicommissaire dans la disposition suivante : « Je donne et lègue à mon neveu D. l'usufruit et jouissance, sa vie durant, de tous mes biens meubles et immeubles... Quant à la nue propriété de mes dits biens, je la donne et lègue conjointement à mon neveu D. et à C. mon petit-neveu par alliance... Néanmoins, dans le cas où mon neveu D. viendrait à décéder sans enfants légitimes, j'entends que sa part soit recueillie par C... Mais pour le cas où mon neveu D. décèderait laissant un ou plusieurs enfants légitimes, je veux et entends qu'il recueille seul l'universalité de mes biens meubles et immeubles. » Devant un autre tribunal le testament aurait été, peut-être, reconnu valable, car il ne contenait pas d'autres clauses que celles que nous avons déjà rencontrées et qui n'avaient pas été annulées³.

¹ Voir en ce sens : Cass., 22 juillet 1835, *S.*, 1835, I, 641 ; Rennes, 12 mai 1866, *S.*, 1867, II, 118 ; Cass., 20 avril 1885, *D.*, 1886, I, 9, Cass., 8 février 1869, *S.*, 1869, I, 355 et Cass., 4 janvier 1843, *S.*, 1844, I, 268.

² Metz, 7 juillet 1869, *D.*, 1869, II, 226.

³ Voir aussi Pau, 10 juin 1830, *D.*, *A.*, v^o Substitution, n^o 189 ; Cass., 9 juillet 1851, *S.*, 1851, I, 605.

CHAPITRE III

DES LEGS CONDITIONNELS

Nous venons de voir qu'un legs d'usufruit, joint à un legs portant sur la nue propriété, ne formait pas une substitution prohibée, même si la disposition en nue propriété contenait en fait deux legs, tous les deux sous condition suspensive, ou bien l'un sous condition résolutoire et l'autre sous condition suspensive. Nous avons à étudier maintenant ces legs conditionnels indépendamment ou abstraction faite de toute disposition en usufruit, à examiner s'ils sont valables et s'ils ne constituent pas des substitutions. En même temps, nous verrons comment la jurisprudence est arrivée peu à peu à en admettre la validité dans les divers cas où ils pouvaient se présenter.

Les legs conditionnels peuvent se présenter sous une forme simple : ainsi, si je dis : « Je lègue mon immeuble à Pierre, s'il se marie », il n'y aura qu'une seule disposition sous condition suspensive. Mais elle pourra être sous condition résolutoire s'il est dit : « Je lègue mon immeuble à Pierre, mais le legs sera résolu s'il se marie. » Ils peuvent se présenter aussi sous une forme plus complexe, sous la forme de doubles legs conditionnels,

que les deux legs soient sous condition suspensive, comme dans le cas suivant : « Je lègue mon immeuble à Pierre s'il se marie, et, s'il ne se marie pas, je lègue ce même immeuble à Paul », ou qu'ils soient l'un sous condition résolutoire et l'autre sous condition suspensive, comme dans cet exemple : « Je lègue mon immeuble à Pierre et, s'il décède sans enfants, je lègue le même immeuble à Paul. » On distingue aussi ces legs, suivant qu'ils sont sous condition réalisable avant le décès d'un des légataires, ou au décès de ce même légataire.

Toutes ces formes de legs conditionnels n'ont pas été admises tout de suite et en même temps ; quelques-unes d'entre elles, notamment le double legs conditionnel dont l'un est sous condition résolutoire et l'autre sous condition suspensive, n'ont été reconnues valables qu'après une lente évolution de la jurisprudence et de la doctrine, évolution qui n'est pas encore tout à fait terminée.

Ainsi que le dit M. Lambert : « Il est dans le Code Civil deux textes qui sont demeurés en permanent conflit et dont l'un a vu ses applications s'étendre lentement à mesure que l'autre se restreignait dans les termes les plus étroits : l'article 1040, d'une part, qui permet aux testateurs de subordonner leurs legs à des conditions et, d'autre part, l'article 896, qui interdit les substitutions »¹.

Les legs simples sous condition suspensive devaient nécessairement être admis, car le Code civil en parle

¹ M. Lambert, *De l'Échérédation*, § 777.

expressément dans l'article 1040. Cet article ne fait aucune mention du legs sous condition résolutoire, mais il ne faut pas en déduire, comme on aurait pu le croire, qu'il ne le permet pas, car, ainsi que le fait remarquer Laurent, cet article ne s'occupe des legs conditionnels que sous le rapport de leur caducité; « or, quand la condition résolutoire s'accomplit, il allait sans dire que le legs est caduc, puisque l'effet de la condition résolutoire est d'anéantir le legs comme s'il n'avait jamais existé ». D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence ont admis sans peine les legs sous condition résolutoire; il s'est produit cependant quelques protestations au cas où la condition résolutoire devait se réaliser au décès du légataire.

Il n'y eut donc pas de grandes difficultés tant qu'il s'est agi seulement de dispositions conditionnelles simples; mais il n'en a pas été de même lorsqu'il s'est agi d'admettre les doubles legs conditionnels. Et cependant il n'y a pas une grande différence de nature entre un legs sous condition simple et un double legs conditionnel; ainsi dans un legs simple sous condition suspensive, il y aura en somme une alternative entre le légataire et l'héritier du testateur; car, « en grevant les héritiers de la charge de conserver et de rendre, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, le testateur les institue, implicitement, il est vrai, mais d'une façon certaine ¹. » La condition se réalise-t-elle, le légataire est propriétaire; si elle ne se réalise pas, ce sera l'héritier; bien plus, *pendente conditione*, il faudra bien

¹ MM Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, n° 3092.

que la propriété repose sur la tête de quelqu'un, et ce ne sera pas sur la tête du légataire sous condition suspensive lui-même, puisqu'il ne doit être propriétaire que du moment de la réalisation de la condition, bien qu'avec rétroactivité au jour du décès du testateur, comme nous le verrons plus loin. Mais en attendant, les biens appartiendront à une personne, et cette personne, qui sera un héritier institué ou légal du testateur, se trouvera alors propriétaire sous condition résolutoire. Comme le dit Demolombe : « Celui qui est grevé d'un legs conditionnel n'a, lui, très véritablement, qu'une propriété résoluble, qu'une propriété en quelque sorte par intérim, comme dit Ulpien. » Par exemple, si un testateur a dit : « Je lègue à Primus tel immeuble situé dans telle ville à condition qu'il sera nommé juge au Tribunal de cette ville, » Primus sera légataire sous condition suspensive, et en attendant la réalisation de cette condition, la propriété de l'immeuble appartiendra sous condition résolutoire à l'héritier du testateur. Il en serait de même si le testateur avait dit : « Je lègue tel immeuble à celui de Primus ou de Secundus qui sera nommé juge dans cette ville. » L'héritier se trouvera toujours propriétaire sous condition résolutoire. En fait on aboutit toujours au même résultat que si le testateur avait dit : « Je lègue ma maison à Primus, mais si Secundus est nommé juge dans cette ville, le legs de Primus sera résolu et je lègue cette même maison à Secundus. » Il y aura alors véritablement un legs sous condition résolutoire et un legs sous condition suspensive; dans les legs conditionnels simples, une des deux dispositions sous con-

dition se trouve sous-entendue. Mais dans tous les cas, la condition venant à se réaliser, Primus ou l'héritier seront censés n'avoir jamais été propriétaires et Secundus l'avoir toujours été du jour du décès du testateur en vertu de la rétroactivité qui est une caractéristique de toute condition, et c'est précisément ce qui distingue les legs conditionnels des substitutions, car le grevé de substitution a une propriété incommutable, ainsi que la qualifie Demolombe. Les biens font impression sur sa tête avant de passer à l'appelé qui les reçoit de lui et non directement du disposant.

Mais la rétroactivité de la condition n'est pas admise sans contestation dans les legs. On a dit que l'article 1179 qui s'occupe de la rétroactivité de la condition se trouvait dans le titre des contrats et des obligations conventionnelles; qu'il n'y avait rien de semblable dans le titre des Donations et Testaments et que l'on ne pouvait par conséquent étendre aux dispositions à titre gratuit ce qui avait été fait seulement pour les actes à titre onéreux. On peut répondre avec Laurent : « Il n'y a pas deux espèces de conditions, les unes établies dans les obligations, les autres établies dans les legs. La condition est une, c'est un seul et même mode qui suspend l'existence ou la résolution d'un fait juridique : peu importe quel est ce fait; que ce soit un legs ou un contrat, cela ne change rien à la nature ni aux effets de la condition. » On ajoutait même que précisément l'article 1040 décidait que le legs serait caduc si le légataire décédait avant l'accomplissement de la condition, et que la seule conséquence que le Code civil tirait du principe de la rétroactivité de la

condition dans l'article 1180, c'est qu'un droit conditionnel est transmissible héréditairement. Mais on peut répondre que l'article 1040 ne prend pas parti sur la question de savoir si la rétroactivité de la condition doit être admise dans les legs, en supprimant une de ses principales conséquences, car le motif qui a fait édicter cette disposition, c'est que le legs est adressé au légataire et non à ses héritiers et que tel testateur, qui veut bien gratifier une personne déterminée, ne voudrait pas que ces mêmes biens passassent sans que ladite personne ait pu en profiter, à ses héritiers qu'il ne connaît pas.

Par suite de cette rétroactivité, il faudra que le légataire sous condition suspensive soit conçu au moment du décès du testateur. Il est censé recevoir, et il reçoit directement du disposant les biens dont il est gratifié; s'il les avait reçus par l'intermédiaire de l'héritier ou du légataire sous condition résolutoire, il ne serait plus nécessaire de l'exiger; il suffirait qu'il fût conçu au moment même où la condition se réalise, ce qui a lieu dans les substitutions fidéicommissaires.

Si l'on admettait que le légataire sous condition suspensive ne devient propriétaire que du jour où la condition se réalise, il en résulterait qu'il tiendrait les biens de l'héritier ou du légataire sous condition résolutoire qui auraient été propriétaires *pendente conditione*. Or c'est ce qui se passe dans les substitutions. Il faudrait en conclure que tout legs conditionnel est une substitution, ce que personne n'a jamais essayé de soutenir. Comme le dit Demolombe : « On n'aurait pas pu prohiber les legs conditionnels sans se jeter

dans une exagération manifeste, qui aurait porté une atteinte profonde à la liberté, si précieuse à l'homme, de disposer de ses biens à titre gratuit. »

On a bien objecté qu'en définitive les legs conditionnels entraînaient les mêmes inconvénients que les substitutions. Pendant tout le temps que la condition sera pendante, la propriété sera incertaine. Le propriétaire actuel sera peut-être pendant longtemps, même en admettant seulement les legs dont la condition ne dépend en aucune manière du décès d'un des gratifiés, sous la menace d'une résolution, et il sera obligé en quelque sorte de conserver les biens jusqu'au moment où la condition se réalisera. Mais il faut répondre à cette objection que cet inconvénient n'est pas seulement particulier aux legs conditionnels, mais qu'il est propre aussi aux actes à titre onéreux sous condition, et personne n'a l'idée de les interdire pour cela.

Toutes ces raisons militent en faveur de la validité des legs conditionnels en général et les différencient de la substitution; aussi en est-on arrivé peu à peu à les reconnaître valables, même dans les dispositions les plus complexes.

En ce qui concerne les legs conditionnels simples, les auteurs et la jurisprudence les ont facilement admis dans les deux cas suivants: en premier lieu, lorsque la condition est susceptible de se réaliser, soit avant la mort de l'héritier, qui se trouve être propriétaire sous condition résolutoire, lorsque le legs est sous condition suspensive, soit avant le décès du légataire lui-même si le legs est sous condition résolutoire; en deuxième lieu,

même lorsque la condition ne doit se vérifier qu'au décès de l'héritier ou du légataire.

Ont de tout temps été reconnues valables les dispositions dépendant d'une condition qui devait se réaliser avant la mort de l'héritier ou du légataire, propriétaires sous condition résolutoire. Pour reprendre les exemples que nous avons donnés plus haut, seront parfaitement valables et ont été reconnues telles par les auteurs et les Tribunaux les dispositions suivantes : « Je lègue mon immeuble à Pierre, s'il se marie. » « Je lègue à Pierre ma maison, mais s'il se marie le legs sera résolu. » Que ce soit un legs sous condition suspensive ou un legs sous condition résolutoire, la disposition ne tombera pas sous le coup de l'article 896, car dans les deux cas il n'y aura pas transmission des biens soit de l'héritier à Pierre, soit de Pierre à l'héritier, à la mort de l'un ou de l'autre.

C'est ce qui a été reconnu dans l'arrêt Piédelièvre, intervenu au sujet d'un testament aux termes duquel le testateur donnait la nue propriété de ses biens à une demoiselle Ozerai, au cas où elle décéderait laissant des enfants; nous l'avons déjà cité plus haut à propos des legs en usufruit¹. Dans cette espèce, comme le faisait remarquer Demolombe, la condition était bien de nature à ne se réaliser qu'au décès de la légataire; mais les héritiers du testateur, les propriétaires sous condition résolutoire, ne se trouvaient pas obligés de lui transmettre les biens légués à leur propre mort, ce qui différenciait cette disposition de la substitution; car

¹ V. Cass., 17 juin 1835, S., 1836, I, 44.

dans cette dernière la transmission des biens est subordonnée à la survie de l'appelé au grevé.

Il y a eu quelques difficultés pour reconnaître la validité des legs conditionnels simples, lorsque la condition n'est susceptible de se réaliser qu'au décès de l'héritier ou du légataire, propriétaires sous condition résolutoire. Rolland de Villargues y voit dans ce cas des substitutions fidéicommissaires et il applique l'article 896, aussi bien lorsque la disposition porte que le légataire ne sera appelé qu'au cas où il survivra à l'héritier du testateur, que lorsqu'elle est ainsi conçue : « Si Titius vient à mourir sans enfants, le legs sera résolu. » Rolland de Villargues assimile entièrement cette dernière disposition à une clause de retour stipulée au profit des héritiers, comme nous l'avons déjà vu plus haut à propos de la clause de retour ; et en effet, si l'on admet la validité du legs simple sous condition résolutoire, les testateurs auront un moyen d'obtenir le même résultat que par une clause de retour stipulée au profit de leurs héritiers, sans craindre la nullité de l'article 896. Il est d'ailleurs à remarquer que, dans ces deux cas, Rolland de Villargues reconnaît « qu'une disposition de cette nature n'exprime qu'un legs conditionnel selon la rigueur des principes », mais comme ces dispositions aboutissent au même résultat que les substitutions prohibées, il n'hésite pas à les considérer comme nulles.

Cette opinion n'est pas celle de la jurisprudence, d'autant moins que cette dernière en est arrivée à reconnaître comme valables les doubles legs, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspen-

sive, comme nous le verrons plus loin, ce qui emporte nécessairement la validité du legs simple sous condition résolutoire.

Les mêmes questions se sont posées pour les doubles legs conditionnels. Ici, comme pour les legs simples, on a admis assez facilement leur validité tant que la condition ne se trouvait pas subordonnée à la survie d'un légataire à l'autre. Rien n'empêche de donner un immeuble à Pierre sous la condition qu'il s'établira dans telle ville, ou à Paul au cas contraire, ou bien de donner immédiatement l'immeuble à Pierre, mais en stipulant que le legs serait résolu si Paul venait s'établir dans la ville, auquel cas ce serait lui le légataire. Dans tous ces cas il ne peut y avoir transmission des biens à la mort d'un des légataires.

C'est ainsi que la Cour de Chambéry a jugé, le 28 mars 1899¹, qu'il n'y avait pas substitution prohibée dans un testament aux termes duquel un testateur léguait tous ses biens à l'aîné des fils de son frère, à la condition qu'il serait docteur en droit avant l'âge de trente ans, ajoutant qu'au cas où la condition ne serait pas remplie il léguait ses biens au second fils sous la même condition, puis au troisième et ainsi de suite, toujours sous la même condition.

On peut citer dans le même sens un arrêt de la Cour de Colmar du 8 août 1819², qui a reconnu comme valable la disposition suivante : une femme avait légué à son mari tous ses biens et ajoutait : « Dans le cas où mon mari convolerait en secondes noces, il sera tenu

¹ Chambéry, 28 mars 1899, *D.*, 1901, II, 300.

² Colmar, 8 août 1819, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 116, 1^o.

de rendre la moitié de ce dont il a été institué et qui sera distribué aux pauvres. » Les seconds bénéficiaires ne devant pas recueillir au décès du premier gratifié, il n'y avait pas d'ordre successif : « Il ne peut surtout y avoir substitution, disait l'arrêt, lorsque la condition de laquelle on prétend la faire résulter, ne pouvant arriver que par le fait et du vivant du grevé, elle prend le caractère d'une condition résolutoire dont l'évènement effacerait le trait de temps et aurait pour effet de résoudre la libéralité, tout de même que si elle n'avait pas été faite. » Il n'y avait pas substitution, car il n'y avait pas deux libéralités qui devaient s'exécuter l'une après l'autre.

On a admis plus difficilement les doubles legs conditionnels, lorsque la condition était susceptible de se réaliser ou d'être vérifiée seulement au décès de l'un des bénéficiaires. Il faut cependant faire exception pour le cas où les deux dispositions sont toutes les deux sous condition suspensive, alors même que l'usufruit aurait été donné *pendente conditione* à l'un des légataires. Ces dispositions ont été reconnues valables assez rapidement. Mais il n'en a pas été de même pour le double legs conditionnel, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive. Si la doctrine et la jurisprudence ont hésité longtemps à leur sujet, c'est d'abord à cause de la grande ressemblance qui existe entre ce double legs conditionnel, lorsque la condition ne doit se réaliser ou être vérifiée qu'au décès du légataire sous condition résolutoire, et la substitution fidéicommissaire; et ensuite à cause de l'influence exercée pendant longtemps sur nos auteurs par notre ancien

droit, dans lequel ces doubles legs étaient assimilés aux substitutions. Mais il est bon de remarquer que si cela était vrai pour un grand nombre de coutumes favorables aux substitutions, il en est quelques autres, comme celle de la Marche, du Bourbonnais, de l'Auvergne, de Sedan, de Montargis qui n'admettaient pas la validité des substitutions fidéicommissaires et « dans ces pays, la jurisprudence fut aux prises avec les mêmes difficultés qu'a connues la jurisprudence sous le Code civil¹ ». Les commentateurs de ces coutumes et avec eux les tribunaux faisaient parfaitement la différence entre les legs conditionnels et les substitutions et concluaient généralement à la validité des premiers.

Il y a toujours eu dans notre ancien droit un genre de double legs sous condition réalisable à la mort d'un des bénéficiaires, qui a été soigneusement distingué des substitutions, même dans les coutumes qui leur étaient favorables : c'est celui où les deux legs sont faits sous une condition suspensive.

Il doit en être de même sous le Code civil.

Depuis longtemps, on peut même dire presque de tout temps, la jurisprudence a reconnu qu'il n'y avait pas de substitution prohibée dans une disposition ainsi conçue : « Je lègue tel immeuble à Primus au cas où il décéderait laissant des enfants; au cas où cette condition ne serait pas remplie, je lègue le même immeuble à Secundus. » C'est là la clause qui est la plus fréquemment employée. Il faudra attendre jusqu'à la mort de Primus pour savoir quel sera le bénéficiaire définitif du legs ; jusque-là la propriété demeu-

¹ Albert Tissier, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1903, p. 743 et suiv.

rera en suspens et si, par hasard, un legs d'usufruit a été fait au profit de Primus, la disposition aura toutes les apparences d'une substitution fidéicommissaire, mais ce n'en est pas une. La propriété sera incertaine, sans doute ; tant que l'une des deux conditions : mort de Primus laissant des enfants, ou mort de Primus sans enfants, ne se sera pas réalisée, les biens légués n'appartiendront ni à l'un ni à l'autre des légataires. Ils ne seront pas pour cela sans propriétaires, notre droit ne connaît pas de masses de biens momentanément vacantes, même lorsque ces biens font partie d'une succession, comme en droit romain. Les biens resteront dans la succession, ils seront la propriété des héritiers du testateur.

Lorsque l'une des conditions est remplie, quelle est la situation? « Celui des deux légataires qui se trouve appelé, dit M. Albert Tissier (*loc. cit.*), est censé avoir recueilli seul, directement, sans intermédiaire, la libéralité à lui faite; l'autre légataire n'a jamais eu aucun droit; la propriété qu'a eue *pendente conditione* l'héritier ab intestat est rétroactivement anéantie; le légataire appelé a succédé directement au testateur; il n'y a pas eu de substitution, de charge de conserver et de rendre, d'ordre successif établi entre un premier gratifié et un second gratifié. »

Tous les auteurs récents semblent d'accord pour reconnaître qu'il n'y a pas de substitutions prohibées dans ces doubles legs conditionnels, même sous condition réalisable au décès d'un des bénéficiaires¹.

¹ Voir Laurent, M. Huc, MM. Aubry et Rau; Contra, Demolombe-Rolland de Villargues.

La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens : on trouve sur ce point des arrêts déjà anciens. Ainsi le 20 décembre 1831, la Cour de cassation a reconnu comme valable un testament dans lequel la testatrice disait : « Je donne mes biens à mon neveu à condition qu'il se mariera ; s'il ne se marie pas, je les donne à Mademoiselle de G. ». Les héritiers du légataire prétendirent qu'il y avait là une substitution prohibée ; que la propriété *pendente conditione* n'appartenait pas aux héritiers de la testatrice, que, ne pouvant rester incertaine, il fallait bien qu'elle reposât sur la tête du légataire et que, par suite, celui-ci se trouvait chargé de conserver et de rendre. Mais la Cour de Cassation répondit qu'il n'y avait pas d'obligation de conserver et de rendre « que le legs universel fait au mineur P. étant subordonné à la condition de son mariage et cette condition n'ayant pas été remplie, il résulte qu'il n'a pas été saisi du legs et par conséquent qu'il n'y a pas eu de transmission possible de lui à un tiers¹ ».

C'est aussi comme double legs sous condition suspensive que les Tribunaux valident les dispositions dans lesquelles les donateurs ou les testateurs ont décidé qu'il y aurait accroissement entre les gratifiés même après leur décès. Ainsi la Cour de cassation a reconnu comme valable le testament par lequel le testateur appelait à sa succession deux mineurs, Jules et Marthe, et ajoutait : « Le legs universel est fait à la condition que mesdits légataires atteindront leur majo-

¹ Cass., 20 décembre 1831, S., 1832, I, 44.

rité, et si l'un ou l'autre mourait avant cet âge sans enfants, j'entends qu'il y aura accroissement au profit du survivant¹. »

Souvent dans les testaments on trouve des clauses semblables : le testateur veut donner ses biens à deux frères, mais il désire qu'au décès de l'un, soit qu'il meure avant sa majorité, soit qu'il décède sans enfants, les biens passent sur la tête de l'autre ; le double legs sous condition suspensive permettra de faire une disposition valable².

Mais avec un double legs sous condition suspensive, ni l'un ni l'autre des futurs propriétaires ne peut jouir des biens *pendente conditione*, et le testateur souvent désire que l'un des deux légataires en touche les revenus avant l'arrivée de la condition. Or nous avons vu que tant que la condition ne s'est pas réalisée, ce sont les héritiers du disposant qui sont propriétaires des biens et qui par conséquent en auront la jouissance. On pourrait cependant objecter que la condition se réalisant, par l'effet de la rétroactivité, les héritiers vont être considérés comme n'ayant jamais été propriétaires ; tous les actes de disposition sont anéantis, cela est admis par tout le monde ; mais ne pourrait-on pas appliquer aussi le principe de la rétroactivité aux fruits et décider que les héritiers se trouveront débi-

¹ Cass., 25 février 1885, S., 1885, I, 216.

² Voir en ce sens : Cass., 8 avril 1872, S., 1872, I, 172, D., 1873, I, 69 ; Cass., 4 janvier 1876, S., 1876, I, 28 ; Cass., 23 décembre 1878, S., 1878, I, 399 ; Cass., 16 juillet 1885, S., 1886, I, 103 ; Cass., 1^{er} juillet 1891, S., 1891, I, 337, D., 1892, I, 145 ; Cass., 20 décembre 1892, S., 1894, I, 501 ; Limoges, 27 février 1900, S., 1903, II, 273, 1^{re} espèce.

teurs envers le légataire définitif de ce qu'ils auront perçu? On ne va pas jusque-là, et toujours les tribunaux ont agi comme si les fruits appartenaient au propriétaire sous condition résolutoire, bien qu'aucun texte de loi ne se soit occupé de cette question dans cette hypothèse.

Pour atteindre le résultat cherché, les testateurs ont très vite joint à la double disposition conditionnelle un legs d'usufruit au profit d'un des légataires ou même de tous les deux; c'est même ainsi que presque toujours se présentent les doubles legs sous condition suspensive. Ces dispositions ont été admises facilement par la jurisprudence.

Il est à remarquer que l'usufruit peut être donné au légataire de la nue propriété à la mort duquel doit se vérifier la condition, ou bien à l'autre légataire conditionnel. Dans ce second cas, la jurisprudence devait admettre plus facilement la validité que dans le premier.

Voyons d'abord le second cas. Une dame de B. avait institué pour son légataire universel son filleul, Charles, mais pour ne jouir de la succession qu'à partir de sa vingt-cinquième année et sous la condition formelle qu'il atteindrait cet âge. Et prévoyant le cas où ledit mineur décéderait avant vingt-cinq ans, la dame de B. léguait les mêmes biens à d'autres personnes auxquelles elle en avait déjà légué l'usufruit jusqu'à la vingt-cinquième année dudit mineur. La Cour de Poitiers, le 11 juin 1889 et la Cour de cassation le 1^{er} juillet 1891, reconnurent la validité de ce testament comme ne contenant qu'un double legs sous

condition suspensive, et ceci d'autant plus facilement que les usufruitiers n'avaient à opérer aucune transmission de biens qui pût être considérée comme une substitution, puisqu'ils n'avaient à rendre les biens, autant qu'un usufruitier peut les rendre, que lors de la réalisation de la condition : l'arrivée du mineur à sa vingt-cinquième année, ce qui devait se réaliser à un autre moment qu'à leur décès. Quant au mineur, n'étant pas usufruitier, n'ayant jamais eu les biens entre les mains à aucun titre, il ne pouvait, aussi bien en fait qu'en droit, les rendre aux autres légataires, au cas où il mourrait avant vingt-cinq ans¹.

Mais, supposons que la testatrice ait donné l'usufruit *pendente conditione* à son filleul. Alors celui-ci jouira des biens tant qu'il vivra et, s'il meurt avant vingt-cinq ans, il y aura en fait comme une transmission des mêmes biens de lui aux autres légataires conditionnels de la nue propriété, ce qui ressemblera beaucoup à une substitution. Cependant, au moyen d'une analyse plus approfondie, on voit que le filleul n'a jamais eu la pleine propriété, qu'il n'a été qu'usufruitier ; que la nue propriété aurait pu lui échoir, mais que la condition ne s'étant jamais réalisée, il ne l'a jamais eue ; que, par contre, grâce à la théorie de la rétroactivité de la condition, les autres légataires sont censés avoir été nus propriétaires du jour du décès de la testatrice. Il ne peut y avoir substitution parce que jamais, à aucun moment, tant que la condition est pendante, la pleine propriété

¹ Cass., 1^{er} juillet 1891, *D.*, 1892, I, 145, *S.*, 1891, I, 337. — Voir aussi Cass., 16 juillet 1885, *S.*, 1886, I, 103 ; Cass., 20 décembre 1892, *S.*, 1894, I, 501.

ne se fixe sur la tête du légataire sous condition : il ne peut être question de charge de conserver et de rendre. Tout au plus pourrait-on dire que c'est l'héritier qui a cette charge, puisque c'est lui qui est propriétaire *pendente conditione* ; mais personne ne prétend qu'il sera un grevé de substitution, car il rendra les biens à la mort du mineur ou si ledit mineur atteint l'âge de vingt-cinq ans, mais non à sa mort, à lui, héritier.

Depuis longtemps, la jurisprudence reconnaît qu'il n'y a pas de substitutions prohibées dans ces dispositions. Ainsi, la Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Agen du 25 mars 1868, qui reconnaissait la validité d'un testament, au terme duquel le testateur donnait l'usufruit de ses biens à sa nièce S. et lui donnait la nue propriété de ces mêmes biens « si elle se marie, disait-il, avant qu'elle ait atteint l'âge de trente-six ans et s'il existe des enfants ou descendants d'elle à son décès pour lui succéder ; et au cas où madite nièce ne recueillerait pas ladite nue propriété léguée par le défaut de la réalisation de la double condition suspensive ci-dessus, je lègue cette nue propriété à l'hospice de Condom. » Dans le jugement du Tribunal de Condom qui avait été le premier saisi de l'affaire, on relève les considérants suivants : « En réalité, le testateur n'a fait qu'une seule institution, et s'il en a fait deux, étant l'une et l'autre assorties de conditions suspensives, et ne pouvant ni concourir ni se succéder, l'accomplissement de la condition se réalisant au profit de l'un des institués, il en résulte que les droits de l'autre n'ont jamais existé, d'où il suit qu'une seule institution est inconciliable

avec la charge de conserver et de rendre et avec l'existence d'une substitution prohibée¹. »

Remarquons ici que le même jour la Chambre des requêtes rejetait un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Pau, du 10 mars 1868, qui voyait une substitution prohibée dans la disposition par laquelle un testateur donnait tous ses biens à un mineur et ajoutait qu'au cas de mort dudit mineur avant sa majorité il disposait de ces biens au profit de diverses personnes, ce qui constituait un legs sous condition résolutoire joint à un legs sous condition suspensive. Nous verrons plus loin que ces dernières dispositions ont été plusieurs fois validées depuis par les Tribunaux.

Les juges ont admis la validité du double legs sous condition suspensive avec adjonction d'un legs d'usufruit, même lorsque les termes du testament n'étaient pas clairs, en vertu du principe que le doute doit être résolu en faveur de la validité du testament. Ainsi a été reconnu valable, comme contenant un double legs sous condition suspensive, le testament aux termes duquel un testateur laissait à ses frères l'usufruit de ses immeubles, réversible de la tête de l'un sur la tête de l'autre en cas de décès, et léguait la nue propriété de ces immeubles à diverses personnes, mais pour le cas seulement où les légataires de l'usufruit ne se marieraient pas et ne laisseraient pas d'enfants leur survivant : les frères se trouvaient implicitement institués légataires de la

¹ Cass., 8 février 1869, *S.*, 1869, I, 355. — Voir en ce sens, Rennes, 12 mars 1866, *S.*, 1867, II, 118; Cass., 18 décembre 1900: *S.*, 1905, I, 347, *D.*, 1901, I, 121.

nue propriété sous la condition suspensive qu'ils se marieraient et auraient des enfants à leur décès¹.

Une fois le double legs sous condition suspensive admis, surtout avec l'adjonction d'un legs d'usufruit au profit d'un des légataires conditionnels, la jurisprudence n'avait pas beaucoup à faire pour admettre le double legs, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive et à condition réalisable au décès du légataire sous condition résolutoire. Mais elle ne s'est engagée que difficilement dans cette voie, approuvée par une partie de la doctrine, combattue par l'autre, donnant de temps en temps des solutions favorables dans ses arrêts, mais sans que l'on puisse dire d'avance si elle validera un testament qui contiendra de telles dispositions.

Pendant longtemps ce genre de double legs conditionnel fut considéré comme une substitution prohibée, aussi bien par les auteurs que par la jurisprudence.

Rolland de Villargues prend comme exemple le cas où un testateur aurait dit : « Je lègue à Paul ma maison à Paris et lorsqu'il aura joui pendant sa vie, s'il vient à décéder sans postérité, je veux que la disposition soit résolue. Dans le même cas, je lègue ladite maison à Pierre s'il survit. » En somme, les testaments qui contiennent aujourd'hui un legs sous condition résolutoire joint à un legs sous condition suspensive, ne sont pas autrement rédigés. Et Rolland de Villargues condamne

¹ Cass., 20 avril 1885, *S.*, 1885, I, 44. — Voir aussi Cass., 18 novembre 1896, *S.*, 1897, I, 321, *D.*, 1899, I, 209; Cass., 20 juin 1904, *S.*, 1906, I, 81; Cass., 6 mars 1905, *D.*, 1905, I, 450; Nancy, 8 mars 1905, *D.*, 1905, II, 336.

cette disposition parce qu'elle présente les mêmes inconvénients que les substitutions : il ajoute que si on admettait ces doubles legs conditionnels, les testateurs auraient un excellent moyen d'éluder la prohibition de l'article 896. Cependant, il reconnaît qu'en principe les deux legs pris séparément sont en somme valables.

Cette opinion était partagée par Duranton¹, Coin-Delisle² et plusieurs autres auteurs. Ceux-ci se trouvaient influencés par notre ancien droit et par suite amenés à proscrire comme substitution tout ce que les commentateurs de nos coutumes comprenaient sous ce nom, à tort ou à raison, sans inconvénients d'ailleurs puisque les substitutions étaient en faveur. Ces auteurs oubliaient les règles d'interprétation que leur avaient tracées Merlin, Grenier, Toullier, Delvincourt, qui eux évitaient de recourir à notre ancien droit pour déterminer les cas où l'article 896 devait s'appliquer³.

Pendant longtemps la jurisprudence suivit l'opinion de ces auteurs et considéra ces dispositions comme des substitutions. C'est ce que décida la Cour de cassation, le 3 novembre 1824⁴, au sujet d'un testament aux termes duquel, entre autres dispositions, le testateur avait donné à sa sœur une quote-part de sa succession et ajoutait : « Si ma sœur était morte avant moi ou si elle meurt sans enfants, la part que je lui donne appartiendra à A... et à B.... » La Cour de Cassation de

¹ Duranton, t. VIII, nos 34 et s.

² Coin-Delisle, *Des Donations et Testaments*, article 896, n° 13.

³ Voir MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, n° 3133.

⁴ Cass., 3 novembre 1824, S., 7, I, 549.

même que la Cour de Metz, jugea que la clause : si elle était morte avant moi, aurait été valable, mais que la clause suivante : si elle meurt sans enfants, faisait tomber la disposition sous le coup de l'article 896¹.

Depuis longtemps les tribunaux cherchaient à éviter la nullité édictée par l'article 896, en considérant, comme nous l'avons vu, ces dispositions soit comme contenant une substitution vulgaire, un droit d'accroissement, une clause de retour, soit comme contenant un legs d'usufruit et de nue propriété, ou un legs *de residuo*, mais ils ne pouvaient user de ces moyens lorsque les circonstances et les termes des testaments ne s'y prêtaient pas². Ils cherchèrent encore à valider ces dispositions en y voyant un double legs sous condition suspensive, joint à un legs d'usufruit, au profit d'un des légataires. En fait, il n'y a pas une bien grande différence entre cette dernière disposition, lorsque l'usufruit est donné au légataire en nue propriété, à la mort duquel doit se vérifier la condition, et un double

¹ Voir en ce sens : Paris, 7 thermidor an XII, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 141, 1^o; Bruxelles, 26 avril 1806, *S. C. N.*, 2, II, 139; Limoges, 27 juillet 1809, *S. C. v.* 2, II, 108; Cass., 8 juin 1812 et Rouen, 24 août 1812, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 155; Cass., 30 août 1820, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 141, 2^o; Riom, 17 novembre 1821, *S. C. N.*, 6, II, 485; Limoges, 18 décembre 1821, *S. C. N.*, 6, II, 501; Cass., 30 juillet 1827, *S. C. N.*, 8, I, 653; Amiens, 25 février 1837, *S.*, 1837, II, 478, *D.*, 1838, II, 21; Cass., 23 novembre 1840, *S.*, 1841, I, 245; Cass., 21 juin 1841, *S.*, 1841, I, 603; Cass., 18 avril 1842, *S.*, 1842, I, 525; Cass., 22 novembre 1842, *S.*, 1842, I, 914; Limoges, 6 juin 1848, *D.*, 1849, II, 144, *S.*, 1849, II, 299; Cass., 8 février 1854, *S.*, 1854, I, 694; Rennes, 1^{er} mai 1860, *S.*, 1860, II, 404; Cass., 7 mai 1862, *S.*, 1862, I, 463; Cass., 1^{er} août 1864, *S.*, 1864, I, 408; Cass., 31 mai 1865, *S.*, 1865, I, 353; Cass., 4 décembre 1865, *S.*, 1866, I, 70; Cass., 8 février 1869, *S.*, 1869, I, 355, 1^{re} espèce.

² Voir Cass., 4 décembre 1843, *S.*, 1844, I, 268.

legs, l'un sous condition résolutoire à ce dernier et l'autre sous condition suspensive au profit de l'autre gratifié¹. Dans les deux cas, il semble que le prédécédé, qu'il soit usufruitier ou légataire sous condition résolutoire, est obligé de rendre à sa mort au second légataire. La seule différence est que dans un cas, *pendente conditione*, le légataire aura été plein propriétaire, tandis que dans l'autre, théoriquement, la nue propriété aura appartenu à l'héritier du testateur, ne pouvant reposer pendant ce temps sur la tête d'un des légataires. Il est vraiaussi que théoriquement l'héritier titulaire de la nue propriété *pendente conditione* sera obligé de rendre, mais ce ne sera pas à son décès. Quelques auteurs, entre autres M. Léon Michel², ont soutenu que les tribunaux ne sont jamais allés plus loin et que si quelques arrêts semblent admettre les doubles legs, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive, ce ne sont que des décisions isolées.

D'un autre côté, les tribunaux reconnaissaient comme valables des dispositions aux termes desquelles le testateur imposait à son légataire la charge de remettre une somme à un tiers, soit au cas où il mourrait sans enfants, soit même seulement « à sa mort ». Ainsi a jugé la Cour de Paris, le 7 décembre 1835³, au sujet d'un testament aux termes duquel un testateur nommait une demoiselle Poisson sa légataire univer-

¹ Voir en ce sens : MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et Testaments*, t. II, n° 3171.

² M. Léon Michel, Note au *Dalloz*, 1899, I, 209.

³ Paris, 7 décembre 1835, *S.*, 1836, II, 86.

selle et faisait divers legs de sommes d'argent, mais en ajoutant « pour ces derniers legs être payés sous la condition et au cas où ma légataire universelle décéderait sans postérité. » La jurisprudence admettait même la validité lorsque le legs particulier portait sur un corps certain¹. Arrivée là, la jurisprudence n'avait plus que quelques pas à faire pour admettre le double legs conditionnel, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive, avec réalisation à la mort du premier légataire, lorsque ce double legs portait sur l'institution tout entière. La jurisprudence ne les franchit que très lentement, et n'abandonna que difficilement ses anciens appuis : substitution vulgaire, droit d'accroissement, etc.

Ainsi le tribunal de Château-Chinon eut à décider en 1829 s'il y avait substitution prohibée dans une disposition par laquelle un testateur, après avoir donné l'usufruit de ses immeubles à sa femme, en légua la nue propriété à un sieur Millereau et ajoutait : « dans le cas où le sieur Millereau viendrait à décéder sans enfants avant mon épouse donataire de l'usufruit, le legs universel deviendra nul, et tous mes biens seront partagés par égales portions entre ceux qui existeront alors de mes héritiers dénommés au testament. » Le tribunal de Château-Chinon admit la validité du testa-

¹ Confer. M. Lambert, *De l'Exhérédation*, § 804. — Voir aussi Amiens, 20 février 1819, *S. C. N.*, 6, II, 27; Paris, 21 décembre 1824, *S. C. N.*, 7, II, 463; Nîmes, 18 janvier 1858, *S.*, 1858, I, 168, *D.*, 1858, II, 155; Orléans, 28 janvier 1865, *S.*, 1865, II, 236; Lyon, 24 janvier 1865, *S.*, 1866, II, 45, et Cass., 30 avril 1867, *S.*, 1867, I, 329; Cass., 31 juillet 1866, *S.*, 1866, I, 404; Cass., 1^{re} juillet 1874, *D.*, 1875, I, 68.

ment, disant « qu'on peut regarder la disposition testamentaire dont il s'agit comme celle autorisée par l'article 898...; qu'il est encore possible d'appliquer à la clause arguée de nullité l'article 1040 du Code civil, qui statue que toute disposition testamentaire, faite sous une condition dépendante d'un événement incertain et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque si le légataire décède avant l'accomplissement de la condition; que le legs fait au sieur Millereau est un legs fait sous une condition suspensive et qui peut prendre le caractère de résolutoire, si ce légataire meurt sans enfants avant la dame de Beaucaire; qu'on ne peut voir dans ce legs une institution de deux degrés successifs d'héritiers, mais seulement vocation de deux héritiers conjonctifs dont l'un doit recueillir le legs à défaut de l'autre. » Y avait-il là une substitution vulgaire, un double legs sous condition suspensive, ou un double legs, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive? Le tribunal ne le savait pas, mais il voulait que la disposition fut valable. Sur appel, la Cour d'Orléans s'appropriä ces considérants¹.

La Cour de Douai, le 16 juin 1842 et la Cour de Cassation, le 4 décembre 1843² se trouvèrent aux prises avec les mêmes difficultés dans l'espèce suivante. Un testateur avait légué ses biens à trois personnes, puis il ajoutait : « Si parmi eux quelqu'un reste sans

¹ Orléans, 10 février 1830, *D. A.*, v^o Substitution, n^o 114, 2^o.

² Cass., 4 décembre 1843, *S.*, 1844, I, 268, *D.*, 1845, I, 188.

enfants, il aura simplement l'usufruit pendant sa vie : les fonds seront partagés entre les colégataires. » On reconnut cette disposition comme valable en la considérant comme contenant une condition « dont l'accomplissement n'était pas reporté par la pensée du testateur à une époque postérieure à son décès ». Mais le conseiller à la Cour de Cassation, Mesnard, allait plus loin et déclarait dans son rapport : « En admettant que l'événement de la condition dût être reporté à une époque postérieure au décès du disposant, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il y eut par suite établissement de l'ordre successif constituant la substitution prohibée. En effet, le légataire venant à décéder sans enfants après le testateur, il est bien vrai que la propriété des biens passera aux colégataires ; mais il n'est pas exact de dire que ceux-ci tiendront cette propriété du légataire décédé. » Bien que cette opinion n'ait pas été sanctionnée par la Cour de Cassation, elle était intéressante à noter.

Douze ans après, la Cour de Cassation prit parti pour cette opinion dans le célèbre arrêt Lézé que nous avons déjà rapporté à propos des legs d'usufruit¹. Remarquons que cet arrêt a été rendu sous la présidence de ce même M. Mesnard, qui, lorsqu'il n'était encore que conseiller, avait pris la défense d'une disposition semblable dans l'affaire que nous venons de citer. Rappelons l'espèce en quelques mots : une testatrice avait décidé que si son petit-fils mourait sans postérité, il serait censé n'avoir recueilli la moitié

¹ Cass., 30 avril 1855, S., 1856, I, 607, D., 1855, I, 207.

de sa succession qu'en usufruit, auquel cas elle léguait la propriété de cette moitié à ses neveux et nièces. La Cour de Cassation décida « qu'en admettant que la condition ne vienne à se réaliser qu'après le décès de la testatrice, on doit reconnaître que les neveux et nièces de la testatrice ne recevront pas le bien seulement au décès du petit-fils, mais directement du vivant de la testatrice qui leur en transmet elle-même la nue propriété par l'effet de sa volonté. » Comme nous l'avons vu, Demolombe a critiqué cet arrêt, disant qu'il n'y avait qu'une substitution dans cette disposition. Suivant lui la situation était la suivante : « Le petit-fils devenant dès après la mort de la testatrice, son aïeule, plein propriétaire des biens légués ; conservant pendant toute la durée de sa vie cette pleine propriété, et puis à l'époque de sa mort, les neveux et nièces de la testatrice appelés à recueillir après lui les biens sous la condition de lui survivre. » Et ceci répond bien en effet à sa conception de la substitution : « Le caractère dominant et capital qui distingue la substitution d'avec le legs conditionnel, c'est ceci : que l'époque de l'accomplissement de la condition est la mort du premier gratifié, auquel le second gratifié doit survivre pour recueillir à son tour ».

MM. Aubry et Rau ont soutenu pendant quelque temps la même opinion que Demolombe, critiquant aussi l'arrêt Lézé, mais ils sont revenus depuis à l'interprétation de la jurisprudence.

Laurent, de tout temps, approuva cet arrêt, répondant à Demolombe qu'il n'y avait pas dans cette disposition la double transmission caractéristique de la

substitution, qu'en vertu de la rétroactivité de la condition, en cas de mort du petit-fils sans enfants, il sera censé n'avoir jamais été propriétaire et les neveux et nièces seront considérés comme l'ayant toujours été. Seulement, selon lui, le juge devra avant tout rechercher quelle a été l'intention du testateur et il faudra annuler la disposition s'il apparaît qu'il a voulu faire une substitution.

Jusque-là, la jurisprudence n'avait reconnu valables les doubles legs, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive, que dans les dispositions où le testateur avait lui-même fait la décomposition ; mais elle alla encore plus loin. Comme le dit M. Lambert¹ : « Un testateur habile ou bien conseillé avait désormais le moyen d'éviter, quand il disposait au profit d'une personne vivante, la prohibition de l'article 896. Était-il rationnel de faire dépendre l'application ou la non-application de ce texte d'une simple habileté de rédaction ? Le juge du fait n'avait-il pas qualité pour procéder lui-même à une analyse dont le *de cujus* ne soupçonnait peut-être point la nécessité ? » Aussi, les Tribunaux ont-ils pensé qu'ils pouvaient procéder à la décomposition que n'avait pas faite le disposant.

C'est ce que fit la Cour de Paris, dans un arrêt du 19 juillet 1870², au sujet d'un testament aux termes duquel un sieur Dabrin avait institué pour légataires universels quatre enfants mineurs, ajoutant que si quelques-uns d'entre eux décédaient avant d'avoir atteint leur majorité ou non mariés avant cette époque,

¹ M. Lambert, *De l'Exhérédation*, § 808.

² Paris, 19 juillet 1870, *S.*, 71, II, 69.

leur part accroîtrait aux autres. Nous avons déjà rencontré cet arrêt à propos du droit d'accroissement. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 19 mars 1873¹, approuva la Cour de Paris, disant qu'elle avait eu raison d'interpréter le testament « en ce sens que le testateur a prévu deux hypothèses distinctes, savoir : celle où les quatre enfants Fontenillat parviendraient à leur majorité ou se marieraient avant cette époque et celle où l'un ou plusieurs d'entre eux décèderaient en minorité sans avoir contracté mariage ; que, dans le premier cas, il les a institués ses légataires universels en toute propriété ; que, dans le second, il a réduit celui ou ceux qui ne parviendraient pas à leur majorité à un simple legs d'usufruit et qu'il a donné aux survivants la part à laquelle auraient eu droit les prédécédés, faisant ainsi deux legs conditionnels, l'un d'usufruit, l'autre de propriété ».

Voici donc les Tribunaux qui se reconnaissent le droit de décomposer les dispositions en plusieurs legs conditionnels dans le but de les rendre valables. Mais alors M. Labbé déclare² : « Si les Tribunaux peuvent interpréter, analyser le legs fait avec charge éventuelle de conserver et de rendre en cas de mort sans enfants, de façon à le déclarer valable, ils le doivent. » Et, par suite, si les Tribunaux de première instance et les Cours d'appel ne font pas cette analyse, la Cour de Cassation devra casser leurs jugements. C'est ce qu'elle a fait dans un arrêt du 18 juin 1873³.

¹ Cass., 19 mars 1873, S., 1874, I, 5.

² Labbé, note au *Sirey*, 1874, I, 5.

³ Cass., 18 juin 1873, S., 1874, I, 5.

La Cour de Lyon, le 3 mars 1871¹, avait annulé, comme contenant une substitution prohibée, une disposition aux termes de laquelle un testateur avait institué conjointement légataires universelles ses deux nièces en ajoutant : « Elles seront propriétaires au jour de mon décès... Ce legs universel est fait à la condition qu'elles atteindront leur majorité : et si l'une et l'autre mouraient avant cet âge, sans enfants, je veux que le legs, en ce cas, profite à mes héritiers naturels. » La Cour de Cassation cassa l'arrêt de la Cour de Lyon, disant « que rien dans les termes de la disposition dont il s'agit n'implique de la part du testateur, l'institution de deux ordres successifs de légataires devant transmettre de l'un à l'autre l'objet d'une double libéralité; qu'on n'y saurait voir qu'un seul et même legs purement conditionnel et subordonné à une éventualité incertaine dont l'accomplissement, soit qu'il s'agisse d'une condition suspensive, soit qu'il s'agisse d'une condition résolutoire, aurait pour effet de rendre comme non avenu le legs soumis à une telle condition et, par conséquent, de donner du jour même du décès du testateur et en vertu de la seule vocation de la loi, ouverture aux droits de ses héritiers naturels existant ce jour-là ». Dans cet arrêt, la Cour de Cassation admettait nettement la validité d'un legs sous condition résolutoire joint à un legs sous condition suspensive.

Il semblait donc, après tous ces arrêts, que la cause des doubles legs, sous condition réalisable à la mort

¹ Lyon, 3 mars 1871, S., 1871, II, 150.

d'un des légataires, était gagnée. A la même époque et depuis lors, la doctrine qui, avec Demolombe, avait protesté à propos de l'arrêt Lézé contre ces dispositions, qui avait commencé à les voir avec quelque faveur avec Laurent, les admet franchement avec MM. Labbé, Lambert et Albert Tissier, malgré les protestations de M. Léon Michel¹.

M. Labbé conclut nettement à la validité du double legs, l'un sous condition résolutoire réalisable à la mort du légataire, l'autre sous condition suspensive. Il est à remarquer qu'il ne s'occupe que des legs faits sous la condition résolutoire que le légataire mourra avant sa majorité, sans avoir d'enfants. Ce sont les cas qui se présentent le plus fréquemment dans la pratique et ceux des arrêts qui ont provoqué la note de M. Labbé. Pour lui, cette disposition se distingue nettement de la substitution.

Au point de vue social, dans la substitution fidéicommissaire, « le donateur entend régler aussi longtemps que possible la dévolution des biens donnés dans la descendance, dans la parenté directe de celui qui a été le premier gratifié... Il n'abandonne qu'à regret au grevé la pleine propriété et la libre disposition ». Cette dernière éventualité n'arrivera qu'au cas où le grevé n'aura pas d'enfants; tandis que dans le legs conditionnel, c'est tout le contraire qui se produit. C'est au

¹ M. Labbé, Note sous Cass., 19 mars 1873, *S.*, 1874, I, 5; M. Lambert, *De l'Exhérédation*, § 805 et s.; Albert Tissier, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1903, p. 743 et s., et note au *Sirey*, 1906, I, 81; M. Léon Michel, Note sous Cass., 10 novembre 1896, *D.* 1899, I, 269. — Voir aussi M. Hue et MM. Aubry et Rau.

cas où la condition aura été remplie, au cas où le légataire conditionnel aura eu des enfants, qu'il sera et restera plein propriétaire, et c'est au cas contraire, le moins probable et celui qui n'est pas désiré par le testateur, qu'il est dépouillé des biens légués.

Au point de vue théorique, M. Labbé se déclare plus embarrassé, car la charge de conserver et de rendre, qui semble la caractéristique de la substitution, existe aussi dans le legs conditionnel. Aussi, est-il obligé de chercher ailleurs le trait distinctif : il le trouve dans l'appel des non-conçus, en cas de substitution. Ce qu'il y a de particulier dans la substitution fidéicommissaire, c'est, ainsi que cela est montré d'ailleurs par les articles 1048 et suivants, qu'il importe peu que les appelés existent au décès du disposant. C'est au décès du grevé que l'on se place pour déterminer les bénéficiaires. Dans le legs conditionnel, au contraire, « le testateur, comme le dit M. Labbé, distribue ses biens entre ceux qui l'ont touché dans la vie » ; il n'y aura pas appel de non-conçus, c'est au décès du testateur qu'il faudra se reporter pour déterminer les bénéficiaires : « Quelle que soit la condition, fût-elle de nature à s'accomplir seulement à la mort du premier gratifié, il n'y a pas nullité dérivant de l'article 896 ; nous avons des legs conditionnels alternatifs, parallèles, valables. »

Le legs conditionnel ne présentera pas les mêmes inconvénients que la substitution. L'indisponibilité qui frappe les biens est irrémédiable lorsqu'il y a substitution ; on ne connaît pas tous les bénéficiaires qui peuvent en profiter, ils ne sont peut-être pas encore

nés. Dans le legs conditionnel « à côté du propriétaire dont le droit est résoluble, existe le propriétaire dont le droit est suspendu et qui doit profiter de la résolution. Réunissez les personnes dans un consentement commun, l'aliénation des biens, si elle est opportune et avantageuse, peut être faite¹ ».

Enfin dans le legs conditionnel, il n'y aura pas de double transmission, d'ordre successoral. La condition a un effet rétroactif; la résolution enlèvera tout droit au légataire sous condition résolutoire et le légataire sous condition suspensive sera censé avoir été propriétaire du jour du décès du testateur.

C'est précisément cette rétroactivité que M. Léon Michel nie, ou du moins pour lui la rétroactivité de la condition n'a rien à faire ici. La substitution et le double legs, l'un sous condition résolutoire réalisable au décès du légataire, l'autre sous condition suspensive, sont une seule et même chose; les résultats sont les mêmes. Il faut ou bien appliquer l'idée de rétroactivité dans les deux cas, ou bien ne l'appliquer nulle part : « Le grevé, dit M. Léon Michel, n'a pu modifier la propriété ni dans ses éléments, ni dans ses contours, ni dans sa manière d'être; il n'a pas marqué son empreinte sur la chose, il disparaît sans laisser de trace, la propriété passe à l'appelé telle qu'elle est sortie des mains du disposant, entière et intacte; le grevé n'a eu que la jouissance et l'administration. A l'inverse, la rétroactivité de la condition peut bien effacer le droit, elle est impuissante contre le fait; le légataire, dont le droit

¹ Voir MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, nos 3141 et 3164.

est résolu, n'en a pas moins eu l'exercice du droit de propriété ; il a perçu les fruits et très certainement il les garde ; il a administré et les actes d'administration sont maintenus : comme le grevé, il a eu la jouissance et l'administration ». On pourrait contester ces dernières conséquences ; il n'est pas absolument sûr que le légataire sous condition résolutoire ait droit aux fruits et puisse faire des actes d'administration valables, aucun texte ne l'ordonne ; si on l'admet, c'est qu'en pratique il serait difficile de faire autrement ; on ne voit pas bien comment le légataire sous condition suspensive pourrait se faire restituer les fruits perçus *pendente conditione* et tenir les actes d'administration pour nuls, surtout lorsque la condition est restée longtemps en suspens, pendant vingt-cinq et trente ans, peut-être plus ; tandis que percevoir les fruits et faire les actes d'administration sont des conséquences naturelles et obligatoires de la substitution fidéicommissaire.

La conséquence des idées émises par M Léon Michel est qu'on est amené à contester aussi la légitimité du double legs sous condition suspensive, avec legs d'usufruit *pendente conditione* à l'un des légataires. Les résultats sont les mêmes. Et cependant il admet la validité de ces dispositions et essaye d'expliquer ainsi tous les arrêts rendus en notre matière. Lui-même se demande, si la théorie jurisprudentielle du double legs sous condition suspensive avec legs d'usufruit, est à l'abri de toute critique. « Le gratifié en première ligne, dit-il, s'il n'est que propriétaire sous condition suspensive, a actuellement la jouissance en vertu d'un legs d'usufruit ; en fait, la situation est exactement la même

que s'il avait la propriété sous condition résolutoire ». Et même ne faudrait-il pas aller plus loin dans cet ordre d'idées et reconnaître que le legs simple sous condition résolutoire constitue une substitution prohibée, comme le dit Rolland de Villargues, lorsque la condition résolutoire n'est vérifiable qu'au jour du décès du légataire. Celui-ci est bien en quelque sorte tenu de rendre à sa mort aux héritiers du disposant.

Aussi M. Albert Tissier revient-il rapidement à la notion de rétroactivité. Il proteste contre l'assimilation de la substitution au double legs conditionnel. D'abord l'appelé n'est pas un légataire sous condition suspensive. « Son droit n'est pas plus conditionnel que le droit d'un successeur quelconque qui doit exister et être capable pour recueillir la succession à laquelle il est appelé. Un élément essentiel d'un droit n'est donc pas une condition ; le droit de l'appelé n'est pas un droit conditionnel, c'est un droit de succession qui suppose essentiellement pour son acquisition l'existence de certaines qualités ; » et le grevé n'est pas propriétaire sous condition résolutoire : « L'appelé succédant au grevé, le droit de celui-ci ne disparaît pas ; tous nos anciens auteurs disent, et c'est là la nature même de la substitution, que l'appelé qui recueille la libéralité du testateur, recueille les biens du grevé et qu'il y a résolution, mais seulement *ut ex nunc* non *ut ex tunc* ». M. Baudry-Lacantinerie¹ insiste sur cette idée de succession : « Le grevé laisse deux successions bien distinctes et indépendantes l'une de l'autre : sa succession

¹ Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 7^e édit., t. II, n° 674.

ordinaire, dévolue à l'héritier de son choix, ou à défaut à l'héritier désigné par la loi, et la succession aux biens substitués dévolue à un héritier choisi par le disposant, l'appelé. » M. Huc¹ considère la substitution fidéicommissaire, en l'espèce la substitution permise par les articles 1048 et suivants, comme un être moral et distinct de l'appelé et du grevé. Il semble, en effet, qu'il y ait là une sorte de fondation, comme on comprend en droit allemand cette institution que nous ne connaissons pas en France; c'est une masse de biens que le testateur a affectés à un certain but : ce but dans notre ancien droit était de maintenir l'éclat du nom; aussi celui qui portait ce nom, le fils aîné dans chaque génération, était-il seul bénéficiaire de cette fondation. Il n'avait pas besoin d'être désigné autrement, d'être connu du disposant, d'être né, il était facilement déterminable au décès du grevé. Ce dernier, comme dit Demolombe, n'aura eu qu'une « propriété *ad tempus*, qui a fait son temps » bien plus, on peut dire qu'il n'a jamais été propriétaire, qu'il n'a jamais eu qu'un usufruit, qui s'éteint à sa mort, comme tout usufruit. Cette idée semble encore confirmée par ce fait que, dans notre ancien droit, les testateurs, généralement, prévoyant le cas où la substitution s'éteindrait faute d'appelé, décidaient que les biens feraient retour à leur famille; ils ne devaient donc pas rester entre les mains du grevé et de ses propres héritiers. On pourrait tirer la même conclusion de la constitution des majorats, tels que les avait organisés Napoléon I^{er}.

¹ M. Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VI, n^o 416.

M. Albert Tissier ajoute que s'il y a rétroactivité dans le legs conditionnel, ce n'est pas une fiction, mais bien l'image en quelque sorte de la volonté du testateur. Dans la substitution, le testateur envisage deux transmissions successives des mêmes biens, mais qui doivent nécessairement avoir lieu ; tandis que dans le legs conditionnel « il y a incertitude dans l'esprit du testateur sur l'attribution définitive de ses biens ; il veut la faire dépendre de l'arrivée ou de la défaillance d'une condition qu'il indique, d'un événement qu'il souhaite ou redoute. » « Ce que l'on veut, a dit M. Saleilles, dans une consultation au sujet du litige qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Cassation du 20 juin 1904, ce n'est pas lier les mains à un propriétaire interimaire mais lui enlever le bénéfice de son acquisition si la clause qui la justifiait venait à faire défaut¹. »

La jurisprudence qui semblait, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1873 que nous avons cité plus haut, considérer nettement comme échappant à la prohibition des substitutions, les doubles legs alternatifs, dont l'un est sous condition résolutoire et l'autre sous condition suspensive, a eu un retour en arrière. « Il semble que la Cour de Cassation ait été effrayée de la netteté de la jurisprudence affirmée par elle en 1873 », dit M. Lambert². Elle se contente depuis d'approuver les décisions des Cours d'appel, qu'elles soient dans l'un ou l'autre sens. « Elle a admis qu'il appartenait aux juges du fait, de rechercher souverainement

¹ Voir la note de M. Albert Tissier, sous Cass., 20 juin 1904, S., 1906, I, 81.

² M. Lambert, *De l'Exhérédation*, § 817.

si le testateur a voulu faire une substitution ou des legs conditionnels alternatifs. » Et les Cours d'appel, chacune selon ses préférences, annulent ou valident des dispositions qui se trouvent être exactement semblables, « sans qu'il soit possible d'apercevoir, dans les espèces qui leur sont soumises, un motif quelconque qui puisse justifier cette différence de traitement¹. »

Ainsi ont admis qu'il y avait dans ces dispositions des substitutions prohibées, les arrêts suivants : Bordeaux, 13 août 1873²; Paris, 5 novembre 1900³ et plusieurs fois la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre des arrêts qui avaient jugé dans le même sens⁴, et cependant dans tous ces arrêts, il était dit : « Je lègue à Primus tels biens ; s'il meurt sans enfants, ou bien, avant sa majorité, avant son mariage, je veux que ces biens passent, retournent ou reviennent à ma famille ou à Secundus. » Ce sont ces mêmes dispositions qui ont servi de types à MM. Labbé et Albert Tissier pour admettre la validité des doubles legs conditionnels.

Ce sont ces mêmes dispositions qui ont été reconnues valables maintes fois par d'autres tribunaux.

Ainsi la Cour de Paris le 24 mars 1902⁵ a décidé qu'il n'y avait pas substitution prohibée, mais un legs sous condition résolutoire et un legs sous condition

¹ M. Lambert, *loc. cit.*

² Bordeaux, 13 août 1873, S., 1874, II, 55.

³ Paris, 5 novembre 1900, S., 1903, II, 273, 2^e espèce.

⁴ Cass., 7 mars 1876, S., 1877, I, 17; Cass., 15 mai 1877, S., 1877, I, 264; Cass., 28 décembre 1881, S., 1882, I, 155; Cass., 16 avril 1881, S., 1884, I, 62.

⁵ Paris, 24 mars 1902, S., 1906, II, 36, D., 1903, V, 702.

suspensive dans la disposition suivante, d'ailleurs parfaitement claire : « Je lègue à ma filleule ma maison : si elle meurt avant moi, je lègue madite maison à ma cousine et, dans le cas où ma filleule viendrait à décéder après moi sans laisser d'enfant légitime, j'entends que le présent legs profite à madite cousine, si elle existe encore¹. » La Cour de cassation, toujours fidèle à son système d'admettre l'interprétation des dispositions testamentaires, comme la décidaient les Cours d'appel, a toujours repoussé les pourvois formés contre les arrêts qui admettaient la validité de ces doubles legs conditionnels².

Il est à remarquer que dans presque toutes les dispositions qui ont donné lieu à ces arrêts, il ne s'agissait que de la clause « si le légataire meurt sans enfants, avant sa majorité ». Que décider si le testament contenait tout autre condition ? Si, par exemple, il s'agissait seulement de la condition de survie du second légataire au premier, ou bien s'il était dit : « Au cas où mon légataire se remarierait on embrasserait telle profession, il devra transmettre à son décès à telle personne les biens qu'il aura recueillis dans ma succession » ?

¹ Voir dans le même sens : Grenoble, 5 mars 1874, *S.*, 1874, II, 175 ; Caen, 23 février 1875, *S.*, 1875, II, 102 ; Nancy, 1^{er} mai 1875, *S.*, 1876, II, 19 ; Lyon, 30 juin 1876, *S.*, 1876, II, 324 ; Angers, 19 décembre 1877, *S.*, 1878, II, 82, *D.*, 1879, II, 171 ; Montpellier, 26 mai 1879, *S.*, 1880, II, 167 ; Besançon, 18 novembre 1896, *S.*, 1897, II, 32 ; Lyon, 7 janvier 1908, *Moniteur judiciaire de Lyon*, numéro du 21 mars 1908.

² Voir Cass., 26 avril 1875, *S.*, 1875, I, 415 ; Cass., 2 juin 1875, *S.*, 1875, I, 102 ; Cass., 4 janvier 1876, *S.*, 1876, I, 28 ; Cass., 10 avril 1894, *S.*, 1894, I, 503 ; Cass., 27 juin 1905, *S.*, 1906, I, 84 ; Cass., 22 avril 1907, *D.*, 1907, I, 291.

M. Albert Tissier est d'avis qu'il faut appliquer à ces dispositions l'article 896. Et il semble en effet que les tribunaux hésitent à reconnaître la validité de la disposition dans ce cas¹. Mais il ne paraît pas qu'il y ait une bien grande différence de nature entre ces dernières dispositions et celles que nous avons citées plus haut. Dans la clause, « Si mon légataire se remarie, il devra transmettre les biens légués à telle personne à son décès », le testateur a prévu une éventualité qui est incertaine, bien que les effets ne s'en fassent sentir qu'au moment de la mort du légataire ; le disposant a sans doute voulu éviter que le légataire pût laisser les biens donnés à son second époux. Quant à la clause, « si Secundus survit à Primus », elle se justifie par les mêmes raisons qu'une clause d'accroissement, qui, dans la pensée du testateur, devrait avoir effet même après son décès.

¹ Voir Cass., 7 janvier 1889, *S.*, 1891, I, 461 ; Cass., 2 février 1892, *S.*, 1892, I, 341 ; Cass., 17 avril 1894, *S.*, 1898, I, 500.

CONCLUSION

Avec l'admission des doubles legs conditionnels, nous sommes arrivés au terme d'une longue évolution, pendant laquelle la jurisprudence s'est efforcée sans cesse de restreindre la portée de l'article 896, dans la pensée qu'il était utile que certaines dispositions, considérées autrefois comme des substitutions fidéicommissaires, fussent considérées comme valables. Cette évolution, d'ailleurs, n'est pas tout à fait terminée, puisque les Tribunaux ne sont pas tous d'accord sur ce point, qu'il y a des arrêts qui considèrent les doubles legs sous condition résolutoire et sous condition suspensive comme des substitutions fidéicommissaires, et que la Cour de cassation, malgré ses arrêts du 18 juin 1873 et du 28 juillet de la même année, évite de prendre parti dans ce débat.

Nous avons vu que les Tribunaux, dans leur désir de donner le plus d'effet possible à la volonté des disposants, avaient d'abord essayé d'éviter la nullité de la disposition tout entière et de conserver au moins l'une des libéralités, généralement l'institution, plus rarement la substitution; que pour atteindre ce but, on avait considéré les donations ou les testaments, soit comme

constituant l'expression d'un simple vœu, d'un désir du disposant, soit comme constituant une substitution vulgaire ou un droit d'accroissement, soit comme contenant une clause illicite et annulable, conformément à l'article 900, qu'il s'agît d'un droit de retour stipulé au profit d'un autre que le donateur ou d'une clause d'inaliénabilité, soit encore comme ne contenant qu'une disposition valable, parce que le disposant avait pris soin d'annuler lui-même la substitution.

Nous avons vu aussi que non seulement la jurisprudence avait sauvé ainsi une des libéralités, mais encore qu'elle était parvenue à donner effet à toutes les deux en considérant la disposition comme un fidéicommis *de residuo*, ou bien comme un legs d'usufruit et de nue propriété, ou bien même comme un double legs conditionnel.

Que reste-t-il maintenant de l'article 896?

Ainsi qu'on l'a remarqué plusieurs fois, si les doubles legs conditionnels sont valables, comme presque toutes les substitutions fidéicommissaires peuvent se décomposer en une série de dispositions, soit toutes sous condition suspensive, soit les unes sous condition résolutoire et les autres sous condition suspensive, avec adjonction ou non d'usufruit, il va être facile d'échapper à la prohibition de l'article 896. Comme le dit Demolombe à propos de l'arrêt Lézé « si ce fait-là est possible, au moyen d'une certaine habileté de rédaction et de quelques artifices de langage, la prohibition des substitutions risque fort de n'être plus désormais qu'un vain mot ». M. Lambert nous dit aussi : « Il n'est point de substitutions qui ne

se prêtent à la même décomposition. Un testateur habile ou bien conseillé avait désormais le moyen d'éviter quand il disposait au profit d'une personne vivante la prohibition de l'article 896¹ ; et plus loin : « Au lendemain des arrêts de 1873, que restait-il de la disposition de l'article 896 ? Rien, absolument rien. On pouvait croire que l'évolution que nous venons de retracer arrivait enfin à son couronnement ; on avait le droit de considérer l'article 896 comme définitivement rayé de nos Codes. L'analyse que la Cour de cassation ne se contentait pas d'autoriser, mais qu'elle imposait aux Tribunaux était, en effet, possible pour toute substitution¹ ».

Partisans et adversaires de la jurisprudence, tous les auteurs reconnaissent que cette évolution aboutit à la suppression de l'article 896².

Mais si l'article 896 n'existe plus où va-t-on s'arrêter ? Faudra-t-il admettre les substitutions perpétuelles ? Non, car il restera toujours l'article 906, qui ne permet pas d'appeler des non conçus ; c'est là la limite que l'on ne pourra jamais dépasser ; c'est le critérium, grâce auquel on distinguera les substitutions fidéicommissaires des autres dispositions, tel qu'il est établi par MM. Labbé et Lambert : « Il y a substitution fidéicommissaire nulle, dit M. Labbé (*loc. cit.*), lorsqu'un bénéficiaire est grevé de la charge de conserver et de rendre à sa mort à des personnes dont l'existence et la capacité ne se rechercheront qu'à la mort du

¹ M. Lambert, *De l'Exhérédation*, nos 808 et 811.

² Voir aussi : M. Léon Michel, Note au D., 1899, I, 209 ; M. Pilon, note au S., 1903, II, 273.

grevé et non à la mort du disposant. Transmettre de seconde main à des personnes qui peuvent n'avoir pas été conçues avant la mort du testateur, tel est le trait essentiel¹. »

Comme on l'a fait remarquer très souvent, ce que les législateurs de 1804 ont surtout voulu éviter en prohibant les substitutions, c'est l'appel des non conçus. Ce terme revient à chaque instant dans les discours du premier consul et des jurisconsultes : « Substitution et appel de non conçus, dit Treilhard, voilà deux choses qui sont inséparables ». — « La question de la substitution, dit aussi Thibaudeau, n'a plus pour objet que les enfants à naître ». — « Dans la substitution fidéicommissaire, remarque Portalis, les hommes d'une génération, après avoir disposé de leurs biens entre leurs contemporains qui leur survivent, prétendent encore exercer par anticipation le droit de disposer ultérieurement des mêmes biens à l'égard des générations subséquentes. L'auteur d'une substitution fidéicommissaire étend son empire et le règne de sa volonté aussi loin que possible et n'abandonne qu'à regret au grevé la pleine propriété et la libre disposition². »

Les articles 1048 et suivants apportent encore une preuve en faveur de cette opinion. Ce qu'ils autorisent, c'est l'appel des non conçus, car bénéficieront de la substitution non seulement les petits-enfants et les

¹ Voir aussi : M. Lambert, *De l'Exhérédation*, n° 812 et MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des Donations et des Testaments*, t. II, n° 3165.

² Voir M. Labbé, *loc. cit*

neveux du disposant qui existeront à son décès, mais encore ceux qui naîtront après et qui existeront au décès du grevé.

Mais, va-t-on dire, si l'article 896 est inutile, pourquoi les législateurs de 1804 l'ont-ils écrit ? M. Lambert¹ répond d'une manière définitive à cette objection. On se trouvait en présence de la loi du 14 novembre 1792. « Il est tout naturel que, voulant empêcher la résurrection de ces ordres particuliers de succession dont le mot substitution éveillait l'idée, le législateur ait maintenu la disposition d'une loi antérieure qui en avait prononcé l'abrogation. » En second lieu, la disposition de l'article 906 était une nouveauté. Dans notre ancien droit, les legs pouvaient être faits au profit de personnes non encore conçues. L'article 906 prohibant les dispositions faites à ces personnes, il n'était pas nécessaire de le rappeler dans l'article 896 ; mais il est à remarquer que les rédacteurs du Code n'ont pas fait attention à ce double emploi : « L'innovation de l'article 906 et l'extension aux legs de la règle antérieurement admise pour l'institution d'héritier, n'ont été l'objet d'aucune discussion ; il n'est pas étonnant qu'elles soient passées quelque peu inaperçues. »

Quelques auteurs prétendent encore que l'article 896 n'est pas complètement inutile. D'abord la prohibition édictée par cet article est beaucoup plus sévère que celle de l'article 906 ; les deux dispositions seront annulées, tandis que si l'on applique seulement l'article 906, on ne devra considérer comme nulle que la

¹ M. Lambert, *De l'Exhérédation*, § 815.

disposition illicite, l'appel des non conçus, et maintenir l'institution. Les disposants tenteront plus souvent de faire des substitutions : la disposition au profit du grevé étant toujours valable, ils pourront espérer que celui-ci donnera suite à leur désir et transmettra lui-même les biens donnés à l'appelé.

En second lieu, suivant M. Albert Tissier, il existe des dispositions faites au profit de personnes conçues qui constituent des substitutions fidéicommissaires ; c'est, comme nous l'avons déjà vu, au cas où dans un double legs l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive, le second legs est fait sous la simple condition de survie du second légataire au premier, ou bien, lorsque le transfert des biens ne doit avoir lieu qu'au décès du légataire sous condition résolutoire, alors que la condition s'est réalisée auparavant.

M. Léon Michel, de son côté, voit une substitution prohibée dans tout double legs, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive lorsque la condition est réalisable au décès du légataire sous condition résolutoire. Il n'admet que les doubles legs sous condition suspensive et il prétend que les arrêts, sauf quelques rares exceptions, sont dans ce sens.

Dans tous ces cas, il y aurait donc lieu d'appliquer l'article 896, qui ne resterait pas lettre morte. Mais, bien qu'il n'y ait pas de décisions qui soient venues infirmer l'opinion de M. Albert Tissier, nous pensons que même dans les deux cas prévus par lui, il faudrait admettre la validité de la disposition comme ne contenant que des legs conditionnels. Quant à l'opinion de M. Léon Michel, bien qu'il y ait quelques hésitations

dans la jurisprudence, il semble que les Tribunaux lui donnent un démenti formel, car de plus en plus les arrêts semblent admettre les doubles legs conditionnels, même lorsque l'un des deux est sous condition résolutoire.

Si l'on supprime l'article 896, va-t-on retomber dans les mêmes inconvénients qui sont la conséquence des substitutions fidéicommissaires? Non, ou du moins ces inconvénients seront très atténués. Il n'y aura pas un ordre successif particulier constitué à côté de la loi et allant à son encontre, car tous les propriétaires conditionnels existeront; un père pourra peut-être arriver ainsi à donner des biens à son fils avec charge de les rendre à un de ses petits-enfants, mais il ne pourra disposer qu'en faveur d'un descendant déjà existant, comme d'ailleurs il pourrait donner l'usufruit de ces biens à son fils et la nue propriété à son petit-fils; d'autre part, cette libéralité ne pourra pas porter sur d'autres biens que la quotité disponible, ce qui ne dépouillera pas entièrement les autres enfants. Aujourd'hui de pareilles dispositions ne risqueraient pas de devenir une cause de fraudes envers les tiers, car il est facile d'organiser un régime de publicité. Quant à la mauvaise administration des biens, ce sera celle qui est la conséquence de tout usufruit ou de toute propriété sous condition résolutoire; du moins elle sera de peu de durée et ne se prolongera pas à travers toute une série de générations.

Il ne restera que les inconvénients entraînés par l'inaliénabilité, mais celle-ci sera toujours assez courte, elle ne dépassera jamais la durée de la vie d'un

homme : de plus, la jurisprudence a aujourd'hui une tendance marquée à admettre l'inaliénabilité, lorsqu'elle est temporaire.

On éviterait ainsi les innombrables procès qui ont pour cause cet article 896, et qui, plus sûrement que les substitutions dans notre ancien droit, jettent la discorde dans les familles.

Vu :

Lyon, le 9 novembre 1908,

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

L. JOSSERAND

Vu :

Lyon, le 23 décembre 1908,

LE DOYEN DE LA FACULTÉ,

FLURER.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 24 décembre 1908,

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE, PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ

P. JOUBIN.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

DES OUVRAGES LES PLUS FRÉQUEMMENT CITÉS

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 4^e édition, 1875, t. VII, § 694.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil*, 7^e édition, 1899, t. II, n^{os} 669 et suiv.
- BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. — *Traité des Donations entre vifs et des testaments*, 1896, t. II, n^{os} 3048 et suiv.
- BERTAULD. — Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. — Récents arrêts sur les substitutions *de eo quod supererit*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXV, 1864, p. 385 et suiv. — Récents arrêts sur les substitutions prohibées, même revue, t. XXVI, 1865, p. 97 et suiv.
- COIN-DELISLE. — Commentaire du livre III, titre II du *Code civil*. — *Donations et Testaments*, 1841, art. 896.
- DELVINCOURT. — *Cours de Code civil*, 1824, p. 103 et les notes.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon. Traité des Donations entre vifs et des Testaments*, 3^e édition, 1867, t. I, n^{os} 68 et suiv.
- DURANTON. — *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 3^e édition, 1834, t. VIII, n^{os} 24 et suiv., p. 19 et suiv.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. XII, p. 264 et suiv., 515 à 518, 578, 628.
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1894, t. VI, n^{os} 8 et suiv.
- LABBÉ. — Note sous Cassation, 19 mars, 18 juin et 29 juillet 1873 au *Recueil de Sirey*, 1874, I, 5.

- LAMBERT. — *De l'Exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, 1895, n^{os} 771 et suiv.
- LAURENT. — *Principes de Droit civil français*, 1875, t. XIV, n^{os} 389 et suiv.
- MARCADE, — *Explication théorique et pratique du Code civil*, 6^e édition, 1869, t. III, art. 896, n^{os} 455 et suiv.
- MERLIN. — *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux*, v^o Substitution fidéicommissaire, p. 470 et suiv.
- MICHEL (Léon). — Note sous Cassation 10 Novembre 1896 au *Recueil de Dalloz*, 1899, I, 209-210.
- PILON. — Note sous Cassation, 16 février 1903, au *Recueil de Sirey*, 1903, I, 401.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 2^{me} édition, 1903, t. III, n^{os} 3264 et suiv.
- ROLLAND DE VILLARGUES. — *Des Substitutions prohibées par le Code civil*, 2^{me} édition, 1821.
- TISSIER (Albert). — Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées, dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1903, p. 743 et suiv. — Note sous Cassation. 20 juin 1904, au *Recueil de Sirey*, 1906, I, 81.
- TOULLIER et DUVERGIER. — *Droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, 6^e édition, vol. III, première partie, ancien t. V, p. 1 et suiv.
- TROPLONG. — *Des Donations entre vifs et des Testaments*, 3^{me} édition, 1872, t. I, art. 896, n^{os} 86 et suiv.
- DALLOZ. — *Nouveau Code civil annoté*, 1901, art. 896.
- *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1856, t. XII, v^o Substitution.
- *Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1895, t. XVI, v^o Substitution.
- *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, années 1842 à 1907.
- SIREY. — *Recueil général des Lois et des Arrêts*, collection nouvelle.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Rappel des causes qui ont fait prohiber les substitutions et de celles qui les ont fait admettre. La prohibition de l'article 896 n'est-elle pas excessive?		5
PREMIÈRE PARTIE. — Dispositions échappant à la nullité totale.		25
CHAPITRE PREMIER. — THÉORIE DU VŒU. — DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE		
§ 1. <i>Théorie du vœu.</i>		25
Raisons qui en ont fait admettre la validité.		26
Objection de Duranton		28
Examen de la jurisprudence		29
§ 2. <i>De la faculté d'élire</i>		41
CHAPITRE II. — SUBSTITUTION VULGAIRE ET ACCROISSEMENT.		49
§ 1. <i>Substitution vulgaire</i>		49
Cas dans lequel, par suite de la mort d'un des bénéficiaires, la disposition cesse de contenir une substitution fidéicommissaire		57
Extension de l'effet de la substitution vulgaire après la mort du disposant		60
§ 2. <i>Accroissement</i>		62
Objection de Laurent.		63
Opinion de Duranton.		64
Examen de la jurisprudence		65
CHAPITRE III. — DE LA CLAUSE DE RETOUR		74
Retour stipulé au profit du donateur et de ses héritiers		75
Retour stipulé au profit des héritiers seuls		79
Retour stipulé au profit du donateur et d'un tiers		84
Retour stipulé au profit du tiers seul		87

APPENDICE. — De la clause d'inaliénabilité et de la clause d'abandon de la substitution	91
§ 1. <i>De la clause d'inaliénabilité</i>	92
§ 2. <i>Clause d'abandon de la substitution</i>	101
Opinion de Duranton et MM. Aubry et Rau	102
Opinion de Marcadé et Demolombé	103
Opinion de Laurent	106
Cas dans lequel il y a une véritable clause pénale	106
 DEUXIÈME PARTIE. — Dispositions entièrement valables	109
CHAPITRE PREMIER. — LEGS DE RÉSIDUO	110
Pourquoi en a-t-on admis la validité?	110
Différents systèmes :	
1 ^o La disposition entière est nulle	112
2 ^o La seconde libéralité seule est nulle.	116
3 ^o La disposition entière est valable.	121
Pouvoirs du premier gratifié sur les biens donnés	128
De la prohibition d'aliéner à titre gratuit.	131
De la clause permettant d'aliéner « en cas de besoin ».	132
 CHAPITRE II. — DES DISPOSITIONS EN USUFRUIT.	137
Pourquoi le législateur a-t-il édicté l'article 899?	138
Usufruits successifs	141
Legs d'un usufruit pour n'en jouir qu'à la mort d'un tiers	144
Rente viagère	146
Cas où l'usufruitier se trouve nanti de la nue pro- priété pour une autre cause	150
Legs d'usufruit avec legs de nue propriété condition- nel.	151
 CHAPITRE III. — DES LEGS CONDITIONNELS	162
Legs conditionnel simple	162
De la rétroactivité de la condition en matière de testa- ments	166
Jurisprudence en matière de legs conditionnels sim- ples	168
Doubles legs conditionnels.	171
Condition réalisable avant la mort d'un des légataires	171
Condition réalisable au décès d'un des légataires	172
Double condition suspensive	173
Adjonction d'un usufruit.	173

Double legs, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive.	181
Arrêts de la Cour de Cassation de 1873	190
Opinion de M. Labbé.	192
— M. Léon Michel.	194
— M. Albert Tissier	196
Hésitations de la jurisprudence	198
CONCLUSION. — L'article 896 est-il supprimé en fait ? Doit-il l'être en droit?	203

